

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. 2	jul./dez.	2018	178 p.
-----------	-------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline 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.2 (jul./dez. 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. Dr. 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. Ignacio 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*.

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 ao 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. 2, jul./dez. 2018

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

A ELEVAÇÃO INJUSTIFICADA DE PREÇOS COMO PRÁTICA ABUSIVA: FUNDAMENTAÇÃO E CRITÉRIOS PARA SUA IDENTIFICAÇÃO

Talden Farias

Vinícius Salomão de Aquino.....13

Unjustified price rises as abusive practice against consumers: legal grounds and criteria for its identification

AS IMPLICAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA NOS CONTRATOS DE TRABALHO À LUZ DOS ARTIGOS 507-A E 507-B E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ana Paula Lemos Baptista Marques

Leda Maria Messias da Silva27

The implications of labour reform in employment contracts in the light of articles 507-A and 507-B and personality rights

REFLEXÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL DA EMPRESA

Denise Lucena Cavalcante

Mariana Bezerra Muller39

Reflections on the existential minimum of the company

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O ANONIMATO DO DOADOR

Regina Beatriz Tavares da Silva49

Assisted Reproductive Technology and the genetic material donor anonymity

COMUNICAÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS SOBRE A INSTALAÇÃO DE HIDRELÉTRICAS NO RIO URUGUAI

Mateus de Oliveira Fornasier

Marcele Scapin Rogerio63

Political and juridical communications on the installation of hydroelectrical power plants on Uruguay river

A PROVA DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Marco Antônio César Villatore87

The proof of moral damage in the labor process: the understanding of the courts on the possibility of the use of recording and the new communication technologies

DIREITO DE LAJE: DA IMPORTÂNCIA SOCIAL E DAS CONTROVÉRSIAS QUANTO AO DIREITO DE SUPERFÍCIE E AO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Rafael Lamera Giesta Cabral

Vanessa Dias de Carvalho Quaresma Gama111

The slab law: social importance and controversies regarding the surface law and the building condominium

CONFLITOS DIGITAIS: CIDADANIA E RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS LIDES CIBERNÉTICAS

Dirceu Pereira Siqueira

Danilo Henrique Nunes129

Digital conflicts: citizenship and civil liability in the field of cyber breach

EL LENGUAJE DISCRIMINATORIO EN LA ANTIGUA ROMA Y EN LA ESPAÑA ACTUAL

María José Bravo Bosch.....141

Linguagem discriminatória na Roma Antiga e na atual Espanha

Discriminatory language in ancient Rome and current Spain

ALIMENTOS LEGALES DE LOS ABUELOS EN FAVOR DE LOS NIETOS, DESDE EL DERECHO ROMANO A LA ACTUALIDAD

María José Azaustre Fernández.....161

Alimentos legais dos avós a favor dos netos, do Direito Romano ao presente

Maintenance obligation arising from grandparents towards grandchildren, from Roman law to the present

A ELEVAÇÃO INJUSTIFICADA DE PREÇOS COMO PRÁTICA ABUSIVA: FUNDAMENTAÇÃO E CRITÉRIOS PARA SUA IDENTIFICAÇÃO

Talden Farias

Graduado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande.
taldenfarias@gmail.com

Vinícius Salomão de Aquino

Advogado. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB e especialista em Direito Civil-Constitucional pela ESMA-PB/UFPB. Autor de trabalhos nas áreas de Direito Ambiental e Urbanístico.
viniciusdeaquino@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo debater as práticas abusivas ao consumidor, com enfoque no inciso X do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor que veda a elevação de preços sem justa causa. O tema é analisado a partir da compreensão das bases da teoria do abuso de direito e do subsistema do abuso de direito presente na norma consumerista, aliada ao estudo de decisões judiciais que abordaram a temática. Conclui-se que a intervenção do Estado é válida para garantir a harmonia nas relações de consumo, inclusive quanto ao combate do aumento injustificado de preços em detrimento de uma liberdade absoluta ao fornecedor que ensejaria grandes injustiças sociais a partir dos critérios assentados neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Direito Econômico. Teoria do abuso de direito. Práticas abusivas.

Unjustified price rises as abusive practice against consumers: legal grounds and criteria for its identification

ABSTRACT: This article aims to debate the abusive practices against consumers, with focus on the subsection X of the article 39 from the Consumer Defense Code that prohibits unjustified price rises. The subject is analyzed from the basic structure of the theory of abuse of right and the subsystem of abuse of right that exists in the consumer law, combined with the study of judicial decisions that tackles this thematic. The conclusion is that the state intervention in the economy is valid to guarantee harmony in the consumerist relationships, even when it regards to contest unjustified price rises over the absolute liberty given to the supplier that could create big social injustices according to the criteria fixed in this article.

KEYWORDS: Consumer Law. Economic Law. Theory of abuse of right. Abusive practices.

INTRODUÇÃO

O processo pelo qual os produtos e serviços são disponibilizados pelos fornecedores ao mercado consumidor pode ser dividido em duas etapas. A primeira engloba as práticas de pro-

dução que compreendem a montagem, criação, construção e transformação dos bens de consumo, a segunda corresponde às práticas comerciais quando ocorre a comercialização destes, nela estão incluídas atividades como a oferta e o marketing visando a sua aquisição pelo consumidor final, bem como os atos pós-venda.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), objetivando conferir uma ampla proteção ao consumidor em todas as fases da relação de consumo, reservou um capítulo específico no Título I “Dos Direitos do Consumidor” para regular as práticas comerciais. O seu Capítulo V (arts. 29 a 45) disciplina questões relativas à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e bancos de dados de consumidores. Os fornecedores, às vezes sistematicamente, adotam práticas que ferem o princípio da boa-fé nas relações de consumo antes, durante e após a compra ser efetuada, como acontece nos casos de publicidade abusiva direcionada às crianças, imposição de venda casada e inclusão do consumidor de maneira injustificada em cadastros de proteção ao crédito.

O presente artigo é dedicado ao exame das práticas abusivas, apresentando as suas bases jurídicas, conceitos e âmbito de proteção. O foco central do estudo é a análise do inciso X do art. 39 do diploma consumerista que considera a elevação sem justa causa do preço de produtos ou serviços uma prática abusiva, procurando compreender a razão de sua inclusão no rol de práticas condenáveis e em quais casos ela estará caracterizada através da análise da doutrina, sua relação com o direito econômico, comparação com instituto do *price gouging* e de decisões judiciais sobre o tema. Trata-se de pesquisa doutrinária e documental, que também se pauta pela análise de julgados específicos do assunto.

1. PRÁTICAS ABUSIVAS E A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

A concepção de práticas abusivas está relacionada com o desenvolvimento da teoria do abuso de direito. O abuso ou excesso, segundo lição de Fernando Augusto Cunha Sá, ocorre quando o exercício de um direito está em contrariedade com o elemento axiológico da prerrogativa conferida¹. Esta distorção pode causar danos a terceiros mesmo sem afrontar diretamente um dispositivo legal, de tal forma que os juristas constataram que o exercício de um direito subjetivo de modo excessivo não deveria ser respaldado pelo direito e as pessoas prejudicadas poderiam pleitear a interrupção do exercício do direito de forma abusiva, bem como a reparação por eventuais danos sofridos.

Registre-se que o abuso de direito não se confunde com ato ilícito. Heloísa Carpena esclarece que neste o sujeito viola diretamente o comando legal (inobservância de limites lógico-formais), ao passo que no abuso o sujeito aparentemente age no exercício de seu direito, todavia, há uma violação dos valores que justificam o reconhecimento deste mesmo direito pelo ordenamento.²

Eva Stiner aponta que a doutrina do abuso de direito foi desenvolvida nos tribunais franceses no final do século XIX. Entre os julgados mais célebres que ajudaram na formação da tese jurídica destacados pela autora estão o caso Doerr decidido em 1855 pela Corte de

¹ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 625

² MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2003. p. 381

Apelações de Colmar e o Coquerel v. Clément-Bayard apreciado pela Corte de Cassação em 1915.³

O caso Doerr ficou conhecido como “o caso da falsa chaminé”, o réu havia construído uma chaminé falsa na sua casa com o propósito de restringir o acesso do seu vizinho, autor da ação, à luz solar na sua residência. A corte de Apelações de Colmar decidiu que o uso do direito de propriedade com o único propósito de prejudicar seu vizinho seria proibido, não podendo ser justificado nem pelo caráter absoluto daquele direito, ordenando, ao final, que o réu demolisse as chaminés falsas.

No caso Coquerel v. Clément-Bayard, Whereupon Coquerel construiu altas cercas de madeira medindo entre dez e onze metros com pontas de metal de dois a três metros cada na divisa da sua propriedade com a de Clément-Bayard como forma de pressioná-lo a aceitar o elevado preço que ele cobrava para vender o seu terreno. Estas estruturas representavam um grande perigo, haja vista que no terreno de Clément-Bayard havia um hangar de dirigíveis que passaram a ter dificuldade para pousar, principalmente quando os ventos estavam fortes. Após um dos dirigíveis de Clément-Bayard ser atingido por uma das pontas de metal, foi proposta uma ação judicial para que Whereupon Coquerel derrubasse as cercas e ressarcisse o seu prejuízo⁴. A Corte de Cassação, órgão de cúpula da Justiça Judiciária francesa, manteve a decisão das instâncias inferiores que consideraram Whereupon Coquerel culpado por abuso de direito e determinaram a demolição das estruturas e o pagamento de indenização pelos danos causados. O argumento de que a construção das cercas era necessária para a garantia do seu direito à propriedade não vigorou, a corte entendeu que, mesmo legítima a construção de uma cerca ao redor da propriedade, seria inadmissível o modo que ele foi feito por colocar em risco, sem justificativa plausível, os dirigíveis do seu vizinho.

Diante dos casos apresentados, percebe-se que o direito só deve ser protegido quando exercido de forma leal em consonância com o princípio da boa-fé, que é um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo segundo o art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor. Empresas e comerciantes não podem simplesmente alegar que estão exercendo a sua autonomia privada ou apontar a inexistência de norma que considere a sua conduta ilegal para praticar atos visando o aumento dos seus lucros e sua expansão no mercado em detrimento do bem-estar dos consumidores.

O fato de o consumidor consentir com o ato abusivo ao adquirir o produto não tem o condão de suprir a sua abusividade. A autonomia privada não pode ser mais considerada como um dogma para as relações civis, principalmente com o advento da releitura do Direito Civil à luz da Constituição. Conforme lição de Gustavo Tepedino, essa mudança de entendimento representa a incorporação de valores não-patrimoniais, principalmente a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, direitos sociais e a justiça distributiva, objetivos pelos quais os agentes econômicos também devem cooperar para a sua consecução.⁵

As práticas abusivas enfraquecem ainda mais o consumidor, coagindo-o muitas vezes a adquirir produtos que não desejava ou pagar preços exorbitantes por serviços básicos. Os fornecedores podem ser condenados a ressarcir os danos causados por essas práticas, mesmo quando não tinham a intenção deliberada de tirar proveito delas. Nesse sentido, o Enunciado 37, da I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal aduz que: “A

³ STEINER, Eva. **French Law : A Comparative Approach**. New York : Oxford University Press, 2010. p. 391

⁴ CUETO-RUA, Julio C. Abuse of Rights. **Louisiana Law Review**. Baton Rouge, v. 35, n. 5, pp. 965-1013, 1975. Disponível em <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/3>>. Acesso em: 19 ago. 2015.

⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. ed 4ª. Rio de Janeiro : Renovar, 2008. p. 23

responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Com efeito, o Diploma Consumerista consagrou a responsabilidade objetiva como regra geral das relações de consumo, o que abarca tanto a aquisição de produtos quanto de serviços⁶. Essa opção decorre do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor no contexto das relações de consumo, cabendo destacar nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 alçou a defesa deste, no art. 170, V, à condição de princípio da ordem econômica.

2. PRÁTICAS ABUSIVAS AO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor incorporou ao seu texto a teoria do abuso de direito para tratar das cláusulas contratuais, práticas comerciais e a publicidade, formando um subsistema do abuso de direito abrangendo essas três órbitas que tem como escopo assegurar que a prática desses atos não desvie da sua finalidade.⁷

O art. 39 da lei consumerista traz um rol de práticas abusivas sem, contudo, apresentar uma definição ou parâmetros específicos para auferir se certa prática pode ser considerada abusiva. Bruno Miragem, ao discorrer sobre a técnica legislativa utilizada, afirma que ela concebe o instituto com base na boa-fé informadora das relações de consumo, bem como visa utilizar os usos e costumes comerciais como fonte de deveres para o fornecedor.⁸ Herman Benjamin define prática abusiva de maneira sucinta e clara, ela seria qualquer prática que está em “desconformidade com os padrões mercadológicos da boa conduta em relação ao consumidor.”⁹

No contexto europeu, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 11 de Maio de 2005 dispõe sobre as práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno. O art. 5º da diretiva indica que um ato ou omissão será definido como prática comercial é desleal se:¹⁰

- a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional;
- b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.

⁶ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. [...]

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

⁷ FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, prática e publicidades abusivas**. 1ª ed. São Paulo : Atlas. 2012. p. 112-113.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. p. 317.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V.... [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 375

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 11 de Maio de 2005**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2005.149.01.0022.01.POR>. Acesso em: 21 ago. 2015.

O rol de práticas abusivas elencado no art. 39 é meramente exemplificativo, se as práticas abusivas se restringissem àquelas contidas no dispositivo, o instituto ficaria engessado e não conseguiria atingir as suas finalidades. A utilização de conceitos fluidos é ideal, pois possibilita uma adaptação às constantes inovações do mercado para lucrar em cima da fragilidade do consumidor.

Mais exemplos de práticas abusivas também estão previstos em outros dispositivos normativos, o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC Consumidor – prevê a possibilidade da Secretaria Nacional do Consumidor expedir atos administrativos, visando a fiel observância das normas de proteção e defesa do consumidor. A título de exemplo, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça editou Portaria SDE nº 49 de 12/03/2009 que considera abusiva, no serviço de atendimento ao consumidor por telefone, no âmbito dos serviços regulados pelo Poder Público Federal, dentre outras práticas, recusar ou dificultar, quando solicitado pelo consumidor ou por órgão competente, a entrega da gravação das chamadas efetuadas para o Serviço de Atendimento ao Consumidor, no prazo de 10 dias.

Um aspecto fundamental para compreensão do âmbito de proteção conferido pelo Código de Defesa do Consumidor contra as práticas abusivas é o conceito de consumidor aplicável. O art. inaugural (art. 29) do capítulo “Das Práticas Comerciais” assinala que: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

O Código de Defesa do Consumidor apresenta múltiplos conceitos, além daquele insculpido no art. 2º, *caput*, o art. 2º, parágrafo único, 17 e 29 trazem três outros conceitos de consumidor por equiparação. Herman Benjamin relata que o conceito do art. 29 integrava o corpo da definição central de consumidor contida no art. 2º, *caput*. Contudo, o *lobby* empresarial que queria suprimir esse acréscimo, interessado numa definição menos abrangente, forçou que ele fosse deslocado para o art. 29. No entanto, não houve qualquer prejuízo com a fragmentação do conceito. Desta forma, o consumidor também será aquele que está exposto às práticas comerciais, não sendo exigível que ele sofra danos para alcançar tal condição.¹¹

3. ART. 39, X: ELEVAR SEM JUSTA CAUSA O PREÇO DE PRODUTOS OU SERVIÇOS

O inciso em destaque não fazia parte da redação original do art. 39. Ele foi acrescentado pela Lei n. 8.884 (antiga lei do CADE) em 1994. Rizzatto Nunes enfatiza que esta modalidade de prática abusiva seria pós-contratual, só ocorrendo depois da aceitação da oferta, antes disso o fornecedor estaria livre para aumentar o preço segundo a sua vontade, e um resquício da época em que os preços eram controlados ou tabelados no Brasil.¹²

Todavia, o entendimento exposto pelo desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo não corresponde ao real alcance do dispositivo legal. Inicialmente, cumpre salientar que a prática abusiva é pré-contratual tendo o intuito de impedir que o consumidor seja compelido a adquirir bens ou serviços por um preço exorbitante. A intenção do legislador, segundo magistério de André Ramos Tavares, foi exigir uma justa causa para que o fornecedor

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V... [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 272

¹² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 513

possa aumentar o preço do produto, com a economia estabilizada qualquer aumento acima dos índices inflacionários pode gerar uma presunção de falta de justa causa.¹³

A concepção de que o fornecedor estaria completamente livre para definir os valores dos seus produtos está equivocada. Qualquer atividade econômica deve ser exercida em harmonia com os interesses sociais, o art. 173, § 4º da Constituição Federal declara que: “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” Evidencia-se que no Brasil não prevalece um liberalismo puro, a Constituição outorga ao Estado a possibilidade de intervir na economia de modo repressivo para garantir a justiça social.

O princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF) não implica na total liberdade da empresa em conduzir seus negócios conforme seus próprios interesses, na verdade, ela visa proporcionar um ambiente justo para as atividades econômicas, visando proporcionar a todos liberdade de comércio, liberdade de escolha e acesso aos mercados.¹⁴

José Geraldo Brito Filomeno acentua que a defesa da ordem econômica tem como razão final a proteção dos interesses e direitos dos consumidores, haja vista que estes são os destinatários finais de tudo que é produzido no mercado.¹⁵ O consumo é parte essencial do dia-a-dia das pessoas, ele não é uma mera liberalidade, bens e serviços precisam ser adquiridos para exercer a plenitude de seus direitos. Os fornecedores não podem se aproveitar da sua posição dominante e abusar da necessidade das pessoas para obter lucros cada vez mais altos.

Neste sentido, a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica (substituindo a antiga lei do CADE, que inserira o inciso X no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor), no seu art. 36 estabelece que o aumento arbitrário de lucros constitui infração da ordem econômica.¹⁶

Afinal, quais seriam as causas que justificariam um aumento no preço de produtos e serviços? João Batista de Almeida sugere que a justa causa para a elevação pode decorrer do aumento de preços da matéria-prima, alta considerável nos salários dos empregados ou outra causa que efetivamente reflita no custo final do produto ou serviço.¹⁷ Pode-se acrescentar a essa lista a escassez de matéria-prima, incorporação de característica ao produto que melhore a sua qualidade e fluxos cambiais acentuados, dentre outras situações.

Não há um critério fixo para delimitar quando estará caracterizada a existência de uma prática abusiva, já que boa parte das hipóteses trazidas no diploma consumerista estão fundadas em conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da “justa causa” para elevar o preço dos produtos. Buscando esclarecer a aplicação da proteção instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, Bruno Miragem aponta três critérios interpretativos para elucidar a avaliação dos casos concretos: 1) Anormalidade ou excesso do poder de negociação do fornecedor; 2) O impacto coletivo da prática observada, sem ignorar a possibilidade dela causar danos para

¹³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2.ed. São Paulo: Ed. Método, 2006. p. 271

¹⁴ BUCHAIN, L. C. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDIR/UFRGS**, v. 9, p. 225-262, 2014. p. 239

¹⁵ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Atlas 2007. p. 64

¹⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[..]

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

¹⁷ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129

consumidores individualmente considerados; 3) violação da boa-fé.¹⁸ Desse modo, podemos afirmar que haverá elevação de preço sem justa causa quando o fornecedor abusar do seu poder de negociação ou impor condição que destoa do padrão da economia, a alta no preço for capaz de trazer prejuízos aos consumidores e violar o princípio da boa-fé, o qual deve nortear todas as relações civis e consumeristas.

4. PRICE GOUGING

Price gouging é o termo utilizado, principalmente nos Estados Unidos, para descrever as ações de vendedores que, nas proximidades de uma situação emergência como furacões ou grandes incêndios, majoram significativamente os preços de produtos essenciais para lidar com a emergência de modo desproporcional com os eventuais aumentos nos custos.¹⁹

Trinta e quatro estados americanos possuem leis “anti-gouging”, alguns chegam a considerar a prática uma ilícito penal. Cada Estado regula de forma independente a matéria, indicando o período em que a lei será aplicável, os itens para os quais as determinações serão válidas e o aumento máximo que cada produto pode receber. A título de exemplo o estado da Flórida veda aumentos bruscos nos preços de commodities e aluguéis. A legislação local pressupõe que sejam ilegais os aumentos superiores a 25% em relação à média praticada nos 30 dias anteriores à decretação do estado de emergência.²⁰

Nessas situações de calamidade pública, a população atingida fica extremamente vulnerável ao ter serviços básicos supridos e a necessidade de comprar remédios, alimentos, água e demais produtos necessários para manter a subsistência, justificando assim a vigência dessas normas especiais. Esta situação é análoga aos casos de hipervulnerabilidade,²¹ destacados por Cláudia Lima Marques, relativos às pessoas doentes e com necessidades especiais para os quais os parâmetros de proteção devem ser mais qualificados.

Desse modo, seguindo essa linha de raciocínio, ao aferir se um fornecedor incorreu na prática abusiva de aumento injustificado do preço de bens ou serviços prevista no Código de Defesa do Consumidor, dever-se-á avaliar de forma mais criteriosa e rígida quando o produto comercializado for indispensável para o gozo de direitos fundamentais como alimentos e remédios. Destarte, a tolerância em relação ao percentual de aumento aceitável para um produto supérfluo como uma bolsa ou um relógio poderá ser maior.

5. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

A seguir serão expostas algumas decisões judiciais que enfrentaram a questão da prática abusiva por elevação injustificada de preços com o intuito de examinar quais são os parâmetros adotados pelo Poder Judiciário nesses casos e melhor compreender o instituto, identificando quais foram os critérios utilizados para constatar a existência da prática e as soluções dadas para cada caso concreto.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 104, p. 99-130, 2016.

¹⁹ ZWOLINSKI, Matt. The ethics of price gouging. *Business Ethics Quarterly*, v. 18, n. 03, pp. 347-378, 2008. p. 347.

²⁰ BENAVIDES, Rebecca H. **Summary of State "Price Gouging" Statutes and Regulations**. Disponível em: <<https://timedotcom.files.wordpress.com/2014/12/price-gouging-statutes.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 230

5.1. Apelação cível Nº 70044399210 - TJRS

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou uma Ação Civil Pública contra um posto de gasolina e os seus sócios após ter apurado que houve abusividade na fixação do preço da gasolina comum durante o feriado de Páscoa de 2004, o que teria ensejado prejuízo aos consumidores em geral. Ficou demonstrado no processo que o preço da gasolina comum foi aumentado de R\$ 2,07, em 05.04.2004, para R\$ 2,17 em 07/04/2004, quarta-feira, (dia anterior ao início do feriadão de Páscoa), tendo o valor sido reduzido para R\$ 2,05 após o feriado.

Os réus sustentaram que não caberia ao Ministério Público, tampouco ao Judiciário, determinar o que é preço excessivo, na medida em que os preços estão sujeitos ao regime de preços liberados. Foi arguido também que os preços e as margens de lucro praticadas estariam compatíveis com o mercado, com o regime de concorrência e com a carga tributária incidente sobre combustíveis, uma vez que a margem de 20% de lucro líquido permitida pela Lei nº 1.521/51 (Lei da Economia Popular), art. 4º, alínea 'b'²², não foi ultrapassada, destarte não estaria configurado qualquer ilegalidade no aumento praticado.

Em verdade, a lei referida pela defesa dispõe sobre crimes contra a economia popular, portanto o fato da conduta não se amoldar à previsão do tipo penal previsto nessa lei implica, tão somente, na impossibilidade de condenação pelo crime de usura pecuniária ou real. A margem de 20% não pode ser interpretada como um limite máximo aceitável para o aumento no preço de bens e serviços, a depender das características do produto e as circunstâncias do caso concreto uma elevação inferior a 10% já pode ser considerada abusiva, a exemplo do aumento praticado pelo posto de combustíveis.

Os réus foram incapazes de comprovar uma eventual elevação de custo operacional da empresa ré ou qualquer outro motivo relevante que explicasse o motivo do aumento brusco no preço da gasolina comum no feriado, ônus que lhe competia e do qual não se desincumbiu.

No caso em apreço, houve a desconsideração da personalidade jurídica para garantir a reparação dos danos causados, uma vez que a empresa ré havia encerrado suas atividades em 2007. Os sócios questionaram a aplicação do instituto, mas ele é perfeitamente aplicável ao caso por força do art. 28, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor que inclui a ocorrência de abuso de direito como hipótese para proceder com a desconsideração da personalidade jurídica²³.

A 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão prolatada pelo juiz de primeiro grau para condenar solidariamente os réus ao pagamento de R\$ 45.000,00, a ser revertido ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor (FECON), e à repetição, em dobro, do indébito, em favor de cada consumidor lesado, no valor de R\$ 0,20 por litro de gasolina comum adquirida no feriado de Páscoa de 2004.

²² Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: [...] b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

²³ Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (grifo nosso)

5.2. Apelação cível Nº 200.2009.012293-4/002 - TJPB

O Procon municipal de João Pessoa autuou um posto de gasolina ao reconhecer a abusividade no aumento do preço do litro da gasolina de R\$ 2,25 para R\$ 2,589 sem justa causa aparente, e aplicou multa administrativa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). O empresário, dono do posto, contestou a multa e propôs uma ação na ação anulatória de ato administrativo para retirar a multa. Na primeira instância, a sua pretensão foi parcialmente acolhida e a multa foi reduzida para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), mesmo após a redução significativa no valor da multa, o autor interpôs apelação para anular o auto sob o argumento de que a ordem jurídica brasileira consagra no art. 170 da Constituição Federal o princípio da livre iniciativa, não podendo sujeitar-se a qualquer restrição estatal quando não incidir em prática abusiva, como ocorre na situação em exame.

O tribunal, acertadamente, rechaçou este raciocínio e manteve a multa asseverando que o Estado deve promover um mínimo de proteção aos consumidores, assegurando que a liberdade econômica seja exercida conforme os ditames da justiça social e em consonância com os demais princípios insculpidos no art. 170 da Carta Magna, principalmente a defesa do consumidor.

O Estado tem o dever de promover a defesa dos hipossuficientes nas relações de consumo. As atuações dos órgãos públicos de defesa do consumidor como os Procons são essenciais para garantia da harmonia e equilíbrio nas relações de consumo, ao fiscalizar o mercado e combater as injustiças consumeristas através de autos de infração cumulados com multas, busca por soluções administrativas que desafoguem o judiciário e campanhas de conscientização eles contribuem sensivelmente para a formação de um mercado mais justo. A ação governamental constitui, inclusive, um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo.²⁴

5.3. Processo Nº 0011729-23.2013.4.01.4100 - JFRO

O Ministério Público Federal de Rondônia ingressou com uma Ação Civil Pública contra quatro companhias aéreas (TAM, AZUL, AVIANCA E GOL) devido ao aumento exacerbado no preço das passagens aéreas nos meses de férias (dezembro/2013 e janeiro/2014). O inquérito civil que serviu de base para a propositura da ação constatou diferenças de até 600% no preço das passagens, por exemplo, para o trecho Porto Velho - Brasília, a passagem chegava a R\$ 3.503,30 (ida no dia 10 e volta no dia 12/01/2014), enquanto, um trecho de ida para o mesmo destino, no dia 15/01/2014 (quarta-feira), de menor procura, custava apenas R\$ 489,00.

Os aumentos abusivos eram praticados por todas as companhias aéreas nos meses de férias e logo após o seu término os preços despencavam. A elevação nos preços não correspondia diretamente a uma maior procura nas passagens, haja vista que os preços foram reajustados mesmo com um grande número de assentos vagos. As passagens de Porto Velho para Curitiba no dia 15/12/2013 custavam R\$ 1.281,95 (Avianca); R\$ 1.296,85 (Azul); R\$ 932,85 (Gol); R\$

²⁴ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

1.845,95 (TAM), já para o dia 07/02/2014 as passagens voltavam a um patamar normal custando, respectivamente: R\$ 545,95; R\$ 516,85; R\$ 407,85 e R\$ 375,95.

Diante desse quadro, o Ministério Público Federal requereu a condenação das companhias aéreas para que estas, nos meses de alta demanda, em especial dezembro/2013, janeiro/2014 e julho/2014, passem a cobrar o valor máximo de até 50% acima das tarifas disponíveis para fevereiro/2014.

O pedido de limitar o aumento de preços pode soar estranho, haja vista que o período de preços tabelados no Brasil já é passado. Contudo, o país também não adota um liberalismo absoluto, ou seja, é possível a intervenção do mercado para regular a economia. Registre-se que aviação comercial constitui um serviço público federal ofertado por empresas privadas através de concessões e reguladas pela ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil). Especialmente na região Norte do país onde não há uma malha rodoviária ou ferroviária desenvolvida, a aviação comercial ganha uma importância ainda maior para a população que precisa fazer viagens para rever familiares que moram em outras regiões ou mesmo a trabalho.

De tal forma que as companhias aéreas não podem explorar a necessidade premente de viajar dos consumidores para aumentar arbitrariamente os seus lucros, o que, como exposto anteriormente, constitui infração à ordem econômica nos termos do art. 36, inciso III, da Lei n. 12.529/2011. Aumentos nas tarifas de 400%, 500% são totalmente desproporcionais, mesmo se tratando de meses com maior demanda por passagens aéreas.

O juiz federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Rondônia acolheu o pedido de liminar para limitar a elevação dos preços em 50% nos meses de pico, decisão que foi posteriormente confirmada. Ao fundamentar sua posição, o magistrado destacou que: “a inexistência de previsão do limite tarifário disciplinado pelo órgão regulador não dá o condão para que as rés arbitrem de forma desarrazoada o valor das passagens aéreas, sob o manto protetivo de que a ‘mão invisível do mercado’ é que deve guiar o valor da tarifa.” Ficou claro que empresas aéreas estavam abusando do seu poder econômico e da essencialidade do serviço para os consumidores de Rondônia.

5.4. Apelação cível N° 20120110688513 - 3ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO DISTRITO FEDERAL

Nesse caso, um consumidor ingressou com uma ação no juizado especial no Distrito Federal contra uma empresa que organizava um show. O autor havia adquirido seu ingresso pelo telefone e foi cobrada uma taxa equivalente a 20% do valor do ingresso sem que ele usufrísse qualquer serviço adicional como entrega em domicílio do ingresso. A Turma Recursal confirmou a decisão inicial que considerou a prática abusiva, uma vez a empresa não tinha nenhum custo adicional na venda via *call centers* em relação às vendas nas bilheterias, ademais a fixação da taxa de 20% sobre o valor dos ingressos em detrimento de uma taxa fixa deixou ainda mais claro que a prática era abusiva e aumento de preço injustificado. A empresa foi condenada a restituir os valores pagos em dobro conforme os ditames do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

5.5. Processo N° 023.07.139894-8 TJSC

Os torcedores de futebol que desejam acompanhar seus times quando eles jogam fora de casa, constantemente, são vítimas da prática abusiva do time mandante de elevar o preço dos ingressos para os visitantes. Torcedores desfrutam do mesmo espetáculo em condições praticamente idênticas, mas são obrigados a pagar um ingresso por um valor significativamente superior aos torcedores dos times da casa, o que também caracteriza uma violação a um dos direitos básicos do consumidor: a igualdade nas contratações²⁵.

Neste processo, o Ministério Público estadual de Santa Catarina conseguiu uma liminar contra o time do Avaí Futebol Clube que estava cobrando valores distintos para a sua torcida e da torcida do Figueirense Futebol Clube, R\$ 20,00 e R\$ 50,00 respectivamente, para locais que oferecem as mesmas comodidades e visão do campo.

Como se pode depreender dos julgados expostos neste trabalho, Ministério Público teve, na maioria dos casos, participação direta para proteção do direito dos consumidores ao promover Ações Cíveis Públicas. Hugo Mazzilli²⁶ destaca as vantagens da utilização dessa ação coletiva, quais sejam: acesso à justiça mais eficaz, evita decisões contraditórias, obter economia processual etc. Destarte, promotorias proativas na proteção do consumidor podem ter um impacto muito positivo para o equilíbrio do mercado por terem a possibilidade de conseguir decisões judiciais que podem ter efeito *erga omnes* em contrapartida às ações individuais que resguardam os direitos de um número limitado de cidadãos e, via de regra, tem menos recursos para instruir o processo com provas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se constatar ao longo do estudo realizado que um direito subjetivo exercido em desconformidade com seus preceitos axiológicos pode gerar atos antijurídicos quando prejudicam terceiros. A teoria do abuso de direito evoluiu junto com a concepção de que o direito está além das normas positivadas e foi incorporada ao Código de Defesa do Consumidor onde há um subsistema do abuso de direito englobando as cláusulas contratuais, práticas comerciais e a publicidade.

A proibição da elevação sem justa causa dos preços está respaldada pelo fato de a liberdade econômica estar condicionada aos ditames da justiça social, sendo a defesa do consumidor um dos princípios da ordem econômica, consoante dispõe o art. 170, V da Constituição Federal. O motivo do aumento dos preços terá de ser devidamente exposto e justificado, o que é ainda mais necessário nos casos em que o bem ou serviço tiver caráter essencial.

Aos fornecedores não é conferido a possibilidade de explorar a situação de vulnerabilidade inerente aos consumidores para aumentar seus lucros, caso eles empreguem práticas desleais, a frágil harmonia do mercado estará comprometida, prejudicando os direitos básicos dos consumidores. Haverá elevação sem justa causa então quando o aumento do preço fugir dos parâmetros de razoabilidade e boa-fé sem qualquer justificativa ou fato relevante que tenha tornado a produção ou venda do produto mais cara de forma a causar danos aos consumidores.

²⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; (grifo nosso)

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

BENAVIDES, Rebecca H. **Summary of State "Price Gouging" Statutes and Regulations**. Disponível em: <<https://timedotcom.files.wordpress.com/2014/12/price-gouging-statutes.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. **Apelação Cível nº 200.2009.012293-4/002**, Décima Segunda Câmara Cível, Relator: Juiz Marcos William de Oliveira (convocado), Data de Julgamento: 26/04/2012;

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Processo nº 023.07.139894-8/2007**;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão nº 685326, 20120110688513ACJ**, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Relator: Evandro Neiva De Amorim, Data de Julgamento: 11/06/2013;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70005127527**, Relator: Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, 8ª Câm. Cível, Data de Julgamento: 26/04/2012;

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região **Processo nº 0011729-23.2013.4.01.4100 - 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia**;

BUCHAIN, L. C. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDIR./UFRGS**, v. 9, p. 225-262, 2014.

CUETO-RUA, Julio C. Abuse of Rights. **Louisiana Law Review**. Baton Rouge, v. 35, n. 5, pp. 965-1013, 1975. Disponível em <<http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/3>>. Acesso em: 19 ago. 2017;

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 2005;

FERNANDES NETO, Guilherme. **Cláusulas, prática e publicidades abusivas**. 1ª ed. São Paulo : Atlas. 2012;

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9ª ed. São Paulo : Atlas 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman V.... [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017;

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007;

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018;

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104, p. 99-130, 2016.

MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. O abuso do direito no Código de 2002: relativização de direitos na ótica civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2003;

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

STEINER, Eva. **French Law : A Comparative Approach**. New York : Oxford University Press, 2010;

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2.ed. São Paulo: Ed. Método, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. ed 4ª. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia de 11 de Maio de 2005**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2005.149.01.0022.01.POR>. Acesso em: 21 ago. 2017.

ZWOLINSKI, Matt. The ethics of price gouging. **Business Ethics Quarterly**, v. 18, n. 03, pp. 347-378, 2008.

Recebido em: 1º mar. 2018.

Aceito em: 30 out. 2018.

AS IMPLICAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA NOS CONTRATOS DE TRABALHO À LUZ DOS ARTIGOS 507-A E 507-B E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ana Paula Lemos Baptista Marques

Mestranda do Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).
anapaulabatista_@hotmail.com

Leda Maria Messias da Silva

Pós-doutora em Direito, pela Universidade de Lisboa-Portugal (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995). Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Estadual de Maringá (1986). Professora da graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM), e do Mestrado, Especialização e Graduação do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR).
lemead@uol.com.br

RESUMO: Este artigo analisa dois dispositivos alterados pela reforma trabalhista, alterações essas que causaram danos aos trabalhadores e ao meio ambiente de trabalho. Para tanto, são traçados três caminhos de análises: Faz-se uma breve exposição sobre a história da arbitragem no Brasil; traça-se um paralelo entre esse método de solução de conflitos e o direito do trabalho, bem como, destaca-se a recente estrutura sindical brasileira e o modo em que serão realizadas as homologações dos contratos de trabalho pós reforma. As análises apontam, ao final, que essas novas normas trouxeram a arbitragem em contratos individuais e um papel de “carimbador” desta arbitragem ao sindicato brasileiro. Conclui-se que, a dignidade humana do trabalhador deve ser respeitada, isto é, o ser humano não necessita abrir mão do mínimo existencial para garantia de emprego. O método utilizado é o indutivo, que, pela observação de questões particulares, permite que se extraíam conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Quitação anual. Reforma Trabalhista.

The implications of labour reform in employment contracts in the light of articles 507-A and 507-B and personality rights

ABSTRACT: this article analyzes two devices changed the labor reform, which caused damage to the workers and to the environment of work. To do so, are stroked three paths of analysis: first, it is a collection of history of arbitration in Brazil; Second, if a parallel between this method of resolving conflicts and labour law; third, the recent brazilian Union structure and the way in which they will be carried out approvals of contracts for work post retirement. The analyses indicate, at the end, that these new standards brought to arbitration in individual contracts and and a role of "stamping" of this arbitration to the Brazilian union. It is concluded that the human dignity of the worker must be respected, i.e. the human being does not require giving up the existential minimum to guarantee employment. The method used is the inductive that, by the observation of particular issues, allows us to extract conclusions.

KEYWORDS: Arbitration. Annual discharge. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A Lei da Reforma Trabalhista modificou mais de duzentos dispositivos da CLT, alterando, assim, todo o sistema trabalhista tradicional. Todavia, a lei não vale somente pelo estrito limite de seu texto, isto é, seus reflexos vão além de suas formas escritas, pois alcançam diretamente os trabalhadores, em especial, sua dignidade humana.

O presente artigo tem como objetivo destacar dois contextos normativos, frutos desta reforma, bem como seus efeitos a todos os trabalhadores e ao meio ambiente de trabalho. Para tanto, em um primeiro momento, recupera-se o conceito da arbitragem, como um instituto extrajudicial de solução de conflitos. Por meio desse método, as partes escolhem um terceiro imparcial, que seja de confiança de ambos e que receba o título de árbitro. O árbitro, após a análise dos fatos e a oitiva das partes profere um laudo arbitral, com a mesma eficácia jurídica de uma sentença judicial.

Desde os primórdios do Direito do Trabalho, esse tipo de prática é adotada, por exemplo, dentre os hebreus no pentateuco e até mesmo em Roma, onde era inclusive incentivada para a solução de conflitos. No Brasil, a prática da arbitragem ganhou espaço há algum tempo, contudo, não logrou o êxito esperado. Aliás, somente a inserção da cláusula compromissória nos contratos não transmitiu segurança jurídica para as partes envolvidas.

Em 1996, o instituto da arbitragem ganhou uma especificidade. A Lei brasileira Marco Maciel possibilitou às pessoas capazes de contratar valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ocorre que a maior parte da literatura a respeito do assunto mostra a incompatibilidade da arbitragem com o Direito do Trabalho. Nesse viés, este artigo procura mostrar que, como os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e indisponíveis, não existe a possibilidade da aplicação da arbitragem a esse tipo de direito indisponível.

Embora existam aqueles que defendam a arbitragem, pois acreditam na eficácia do método para a solução de conflitos, ela ainda enfrenta obstáculos de aplicação aos conflitos individuais trabalhistas, dada à irrenunciabilidade dos direitos dos empregados. Nessa linha de raciocínio é que as pesquisas apontam que tanto a ordem jurídica brasileira, no artigo 114 da Constituição Federal, quanto a internacional trazem a impossibilidade da arbitragem e sua validade, particularmente, aos conflitos coletivos trabalhistas, sendo os contratos individuais, portanto, incompatíveis com o método da arbitragem.

Na sequência, o presente estudo converge para a definição da estrutura sindical brasileira, bem como o papel do sindicato na homologação dos contratos de trabalho.

Primeiramente, enfatiza a atuação dos sindicatos nas lutas cotidianas das categorias e, também, na organização dos trabalhadores, tencionando sua emancipação econômica, social e política, para que a dignidade humana do trabalhador seja observada, ou seja, este órgão pode contribuir na conciliação entre empregados e empregadores, para que possam desenvolver-se reciprocamente.

A partir dessa conceituação e de um destaque às atribuições do principal órgão de defesa dos trabalhadores, enfatiza-se o novo papel do sindicato para quitação anual dos contratos de trabalho trazida pela Reforma Trabalhista. Com essa quitação, a nova norma prevê a expedição de um termo geral de eficiência liberatória pelo sindicato, que isentará todos os empregadores do pagamento de quaisquer verbas trabalhistas. Inclusive, a ideia do legislador proponente foi claramente impedir o ingresso posterior dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, transformando o sindicato num mero “carimbador” desta quitação.

Diante desse quadro, este trabalho relembra experiências anteriores em que houve tentativas para quitação de verbas rescisórias trabalhistas, por meio de um termo de eficácia geral, também perante o sindicato. Antigamente, com a obrigatoriedade da passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia, da mesma maneira foi um órgão criado, à época, para desafogar as demandas do Poder Judiciário, em que, as partes quitavam seus contratos de trabalho extrajudicialmente com a anuência do sindicato.

Ocorre que, em atenção ao princípio da indisponibilidade, o acesso à justiça não deve ser condicionado, portanto, essas práticas além de não lograrem êxito na quitação das verbas trabalhistas, também são inconstitucionais.

Em seguida, considera-se a nova função atribuída ao sindicato brasileiro e às Câmaras de Conciliação Prévia como tentativas infrutíferas para que as demandas não passem ao crivo do Poder Judiciário. Assim, de qualquer forma, alguma das partes envolvidas, na maioria das vezes, injustiçada, buscará o acesso à justiça para solução de equívocos pendentes no contrato de trabalho.

Na sequência, trazem-se os dois dispositivos alterados pela Reforma Trabalhista, quais sejam: os artigos 507-A e 507-B, respectivamente. Após as análises detalhadas das novidades apresentadas nessas normas, o presente estudo destaca, primeiramente, que a arbitragem, embora seja uma prática utilizada desde a antiguidade e bem adaptada a alguns institutos jurídicos, nos contratos individuais trabalhistas esse instituto não será eficaz, especialmente, em relação aos empregados que menciona o dispositivo em análise (que recebem duas vezes o benefício da previdência social), pois, ao contrário das expectativas do legislador, esse grupo de trabalhadores não tem autonomia para negociar diretamente com os empregadores, sem o auxílio de quaisquer órgãos de defesa dos direitos dos trabalhadores. Em segundo lugar, faz-se uma crítica ao artigo 507-B da nova lei 13.467/2017, que designa ao sindicato uma função de quitação anual das parcelas trabalhadas dos empregados, para que esse órgão emita um termo de eficácia liberatória geral das parcelas, com o intuito de evitar que as demandas passem ao crivo do Poder Judiciário, contudo, as análises mostram que em um passado nada distante houve uma tentativa de desafogar a justiça do trabalho por meio das Câmaras de Conciliação Prévia, que também efetuavam o termo geral de eficácia liberatória das parcelas trabalhadas, entretanto, a grande maioria dessas verbas eram novamente discutidas, tendo em vista que emanadas de vícios de consentimento ou, até mesmo, parcelas pagas que ainda estavam pendentes da rescisão contratual.

Por fim, após as considerações a respeito do instituto da arbitragem e sua incompatibilidade com o direito do trabalho, bem como a aplicação ineficaz desse método aos contratos individuais de trabalho prevista no novo artigo 507-A da Reforma Trabalhista, apresentam-se as análises da quitação anual atribuída ao sindicato à luz do novo artigo 507-B, também da Reforma Laboral, com o conseqüente destaque de experiências anteriores (Câmaras de Conciliação Prévia) que já foram ineficientes na emissão do termo de eficácia geral das parcelas trabalhadas.

O presente artigo conclui que os dois dispositivos; 507-A e 507-B da CLT, apresentados pela Reforma Trabalhista esquecem-se de que, durante todo o contrato de trabalho, o trabalhador constrói sua identidade, a qual deve ser respeitada, especialmente, sua dignidade humana enquanto empregado dentro do estabelecimento comercial, conforme se constatará pelas razões elencadas ao longo do presente.

Trata-se de pesquisa teórica e o principal método utilizado para a construção desta pesquisa é o indutivo, o qual a partir de questões particulares, externa conclusões gerais.

1. UMA HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem vem desde os hebreus, com a narração de conflitos solucionados por árbitros no pentateuco, também, no Direito Romano, especialmente sob a forma facultativa, que era admitida e, inclusive, incentivada (JUNIOR, 2016, p. 01).

No Brasil, a tentativa de aplicação desse método apresentou alguns sinais nos artigos 1037 a 1048 do Código Beviláqua, sob o título de “compromisso”, entre os meios indiretos de pagamento, todavia, sua utilização como meio de solução de conflitos não logrou êxito (JUNIOR, 2016 p. 01). Apesar dessa regulamentação inicial no Brasil Império, somente a obrigação de se submeter ao juízo arbitral não era suficiente. Desse modo, a arbitragem não se estabeleceu plenamente na sociedade, pois a consignação de uma cláusula compromissória não assegurava a opção deste método para a resolução das controvérsias que viessem a surgir entre as partes.

Na sequência, também adveio o Código de Processo Civil, em 1973, que trouxe em seu artigo 267 a imediata extinção do processo sem julgamento do mérito, caso houvesse a adoção de juízo arbitral pelas partes. Entretanto, na prática forense, as sentenças de extinção fundamentada por este inciso raramente eram proferidas, logo, em pouco tempo este dispositivo caiu em desuso e, posteriormente, no ano de 2015, o próprio Código Civil como um todo sofreu várias alterações em seus dispositivos.

A verdadeira eficácia jurídica atinente à arbitragem foi a revolucionária Lei nº 9.307/96, também conhecida como Lei Marco Maciel, quando o Brasil ultrapassou dois grandes obstáculos que impediam o desenvolvimento da arbitragem. A partir dessa norma, tornou-se obrigatória a homologação judicial das decisões arbitrais e facultativa a inserção da cláusula compromissória e sua executividade (BARCELLAR, 2016, p. 131).

Assim, desde 1996, quando o advento do novo método de solução de conflito ganhou destaque com uma lei específica, a arbitragem instituiu a possibilidade para as partes solucionarem suas controvérsias, sob o juízo de terceiro imparcial, especialista na matéria discutida, eleito por elas.

Atualmente, no Brasil, a sentença arbitral dispensa a homologação do juiz togado, uma vez que ambas possuem os mesmos efeitos jurídicos. Os estudiosos que defendem a arbitragem afirmam que ela apresenta algumas vantagens, tais como celeridade, sigilo, ausência de duplo grau de jurisdição, liberdade para que as partes decidam a forma do procedimento e as regras de julgamento, dentre outras tantas possibilidades de ajustes por vontade dos envolvidos (BARCELLAR, 2016, p. 134).

Esse meio de solução de conflitos, embora seja uma prática adotada desde os primórdios e já recepcionada por diversos povos da antiguidade, no Brasil, somente ganhou força, a partir de 1996 com uma lei que especificou a arbitragem aos conflitos de direitos patrimoniais disponíveis, assim, até os dias atuais, em algumas situações buscam-se este método como alternativa para tentar solucionar os diferentes conflitos jurídicos, inclusive os trabalhistas, conforme será adiante exposto.

2. ARBITRAGEM E O DIREITO DO TRABALHO

De acordo com a Lei de Arbitragem, em seu artigo primeiro existe uma restrição quanto aos litígios para que versem somente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Por causa dessa norma, alguns doutrinadores sustentam a incompatibilidade da arbitragem com as causas traba-

lhistas, sob os argumentos de que os direitos do trabalhador são indisponíveis. (GONÇALVES, 2011, p. 56). Segundo Delgado (2017, p. 1658), o princípio da indisponibilidade que vigora no Direito do Trabalho, especialmente no âmbito jusindividualista, jamais poderá ser renunciado pelo trabalhador ao longo do contrato de trabalho, portanto, inexistente a possibilidade de inserção da arbitragem nos relações bilaterais do contrato empregatício.

Em contrapartida, esse método de solução de conflitos gera opiniões antagônicas dentre os estudiosos do Direito do Trabalho. De um lado estão os defensores dos direitos do trabalhador, como sendo plenamente irrenunciáveis e jamais passíveis de transações ao longo do contrato de trabalho. Por outro lado consideram que tais direitos não seriam tão indisponíveis ou irrenunciáveis, tão somente de maneira relativa, ou de forma regrada e não absoluta, onde não possa haver transação, acordo ou renúncia sobre eles. Na realidade, esses princípios devem acompanhar o empregado ao longo de todo o seu contrato de trabalho e não após sua rescisão, não sendo jamais absolutos, mas sim, repensados em cada caso concreto (FERREIRA, 2016, p. 69).

Para exemplificar tal afirmativa, o doutrinador Carlos Alberto Carmona (CARMONA, 2006, p. 59) citou um exemplo em que a arbitragem foi aplicável na esfera trabalhista. Na cidade de Patrocínio, em Minas Gerais, antes da vigência da lei de arbitragem. O Núcleo Inter-sindical de Conciliação Trabalhista Rural, em uma tentativa infrutífera de mediação entre as partes, somente obteve êxito com a arbitragem, por meio do apoio mútuo dos sindicatos e da Junta de Conciliação e Julgamento Local, que, por fim encontraram a solução - uma sentença arbitral que foi homologada pelo juiz presidente.

Existem diversas teorias acerca da aplicabilidade da arbitragem, especialmente, aos conflitos individuais trabalhistas. A primeira resguarda todos os direitos do trabalhador asseverando que todos eles são indisponíveis, durante todo o contrato de trabalho, portanto, não há que se falar em renúncia de férias, horas extras, 8ª hora diária ou 44ª hora semanal, por exemplo (GONÇALVES, 2011, p. 37). Em contrapartida há uma segunda teoria contrária aos ensinamentos acima descritos. Ela apresenta a possibilidade da utilização do método de solução de conflitos extrajudiciais, nas relações trabalhistas, sob a justificativa de que a grande maioria dos direitos pleiteados na Justiça do Trabalho é patrimonial, logo, disponíveis e renunciáveis, conforme recomenda a lei de arbitragem de 1996 (CARMONA, 2006, p. 40).

Sendo assim, embora existam os defensores da arbitragem, que acreditam na eficácia do método para a solução de conflitos, esse meio ainda encontra obstáculos para aplicação aos conflitos individuais trabalhistas, dada à irrenunciabilidade dos direitos dos empregados. Quanto ao direito coletivo do trabalho, a Constituição de 1988, determina que, frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. Por conseguinte, o processo trabalhista brasileiro, em âmbito coletivo, é arbitrável, não havendo necessidade de procurar na nova lei qualquer menção específica ao Direito do Trabalho para que o mecanismo de solução de controvérsias seja aplicável também às questões laborais (CARMONA, 2006, p. 58).

No âmbito internacional, mediante a Convenção nº 154, a Organização Internacional do Trabalho considerou a arbitragem como forma de incentivo à negociação de conflitos extrajudiciais entre os Estados. No ano de 1992, sob a influência dessa Convenção, o Brasil a ratificou com a Recomendação nº 92 que instituiu a Arbitragem voluntária como uma alternativa para resolução dos conflitos coletivos trabalhistas (DISSENHA, 2011, p. 68).

Assim, a ordem jurídica brasileira traz a possibilidade da arbitragem e sua validade, particularmente, aos conflitos coletivos trabalhistas. Essa referência é facultada às partes, quando frustradas as negociações coletivas, segundo os preceitos do art. 114 da Magna Carta. Do mesmo modo que também existe um incentivo a esse método na esfera internacional, entretan-

to em ambas as situações a arbitragem se aplica somente ao Direito Coletivo do Trabalho, sendo, os contratos individuais do trabalho, incompatíveis ao método adequado de solução de conflitos denominado arbitragem.

3. ESTRUTURA SINDICAL BRASILEIRA E AS HOMOLOGAÇÕES DOS CONTRATOS DE TRABALHO

Para Delgado (2009, p. 50), os sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam, respectivamente, trabalhadores e empregadores, visando à defesa de seus correspondentes interesses coletivos. Ao passo que Nascimento (2015, p. 35) define sindicato como uma organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre os grupos sociais. Fundamentalmente, a organização sindical dos trabalhadores proporciona uma igualdade de forças quando das conversações com o patronato, constituindo um elemento de resistência ao poder da minoria sobre a maioria. É essencial a atuação dos sindicatos nas lutas cotidianas das categorias e, também, na organização dos trabalhadores, tencionando sua emancipação econômica, social e política, para que a dignidade humana do trabalhador seja observada, ou seja, este órgão pode contribuir na conciliação entre empregados e empregadores, para que possam se desenvolver reciprocamente (GARCIA, 2016, p. 115).

Na lei, antes da reforma trabalhista, quando um contrato de trabalho chegava ao fim, seja por vontade do empregador ou do trabalhador, se o empregado laborou na empresa por mais de um ano, era necessário fazer a homologação trabalhista junto ao sindicato de sua categoria (SANTOS, 2016, p. 95).

Era o sindicato, pela lei anterior à reforma, a entidade legalmente autorizada a reconhecer o fim da relação entre empregado e empregador, nesses casos, que tinha papel fundamental de assegurar ao trabalhador se os seus direitos estavam sendo cumpridos e se todos os valores pagos e descontados estavam corretos. Ocorre que, pela leitura da reforma trabalhista, essa obrigatoriedade não é mais necessária. A reforma trabalhista trouxe a faculdade a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria (incluído pela Lei nº 13.467, de 13.7.2017).

Essa possibilidade encontra obstáculos em tentativas similares totalmente infrutíferas. Cita-se, a título de exemplo, as comissões de conciliação prévia que, de modo extrajudicial, patrões e trabalhadores, com a participação do sindicato, realizavam a quitação de suas verbas trabalhistas recorrendo a um termo de eficácia geral das parcelas, com o objetivo de desafogar o Poder Judiciário do excessivo número de ações submetidas à sua apreciação. Na época, a passagem por essas Comissões de Conciliação era uma condição da ação trabalhista, sendo que, caso não houvesse a tentativa prévia de composição das partes pelo instituto extrajudicial, haveria a extinção do processo sem julgamento do mérito (BARROS, 2009).

Essa alternativa para desafogar as demandas judiciais não impediu que os casos mais simples e passíveis de acordo fossem submetidos ao crivo do Judiciário. Pelo contrário, estatisticamente as reclamatórias trabalhistas aumentaram, uma vez que, nesses órgãos, era intensa a coação para que o empregado aceitasse a conciliação, mesmo porque, a maioria pensava que se tratava da própria Justiça do Trabalho.

As mesmas intenções vem no parágrafo único do novo artigo 507-B da CLT que prevê um termo que discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Ocorre que, em atenção ao princípio constitucional da indisponibilidade, o acesso à justiça não pode ser condicionado, ou seja, o mencionado termo de eficácia liberatória, certamente não dará a quitação geral de todas as verbas efetivamente trabalhadas. Assim, o mesmo que ocorreu com as Comissões de Conciliação Prévia provavelmente acontecerá com essa nova função atribuída ao sindicato, muito mais com o fito de obter um aval para a quitação do que de fortalecê-lo com novas atribuições. Ou seja, mesmo após a quitação anual, certamente, esses contratos de trabalho serão novamente discutidos em reclamatórias trabalhistas encaminhadas ao Judiciário, como já aconteceu no passado.

4. AS ALTERAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA NOS CONTRATOS DE TRABALHO À LUZ DOS ARTIGOS 507-A E 507-B DA NOVA LEI Nº 13.467/2017

A nova redação do artigo 507-A, da Consolidação das Leis Trabalhistas preceitua que nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Conforme análise da desembargadora Vólia Bomfim Cassar tal previsão normativa se esqueceu que os direitos trabalhistas previstos em lei, devido à sua característica pública, são irrenunciáveis e intransacionáveis. Logo, são direitos indisponíveis. Desse modo, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito (CASSAR, 2017).

Verdadeiramente a necessidade dessa alteração é dispensável e sem qualquer eficácia jurídica. Os direitos trabalhistas, especialmente, os de natureza individual, não devem ser objeto de transação, pois são indisponíveis, uma vez que essa concessão da arbitragem aos empregados que recebem mais que R\$ 11.063,00 (onze mil e sessenta e três reais) é desconhecer a Lei nº 9.307/96, que só permite a arbitragem em direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, p. 01) (CASSAR, 2017).

Ademais a lei de arbitragem pressupõe a igualdade entre as partes, o que é incompatível com as causas trabalhistas que predominam a desigualdade. Esse novo dispositivo considera que os empregados que recebem duas vezes o limite máximo da Previdência, não precisam da tutela do Estado ou do Sindicato, portanto têm autonomia para negociar diretamente com seus empregadores (DE LIMA, p. 79, 2017).

Essa possibilidade da arbitragem somente para esses empregados coloca-os em pé de igualdade com seus patrões, o que, no entanto, não se trata de uma relação de igualdade, e coloca esses trabalhadores vulneráveis aos vícios de consentimento, os quais invalidarão a opção e terão que recorrer ao Judiciário.

Assim, não há que se falar em quaisquer benefícios a esses trabalhadores, em específico, embora na nova norma conste a obrigatoriedade da anuência desses empregados à arbitragem, na prática, nenhum deles realmente terá esta opção, visto que a ameaça de demissão do cargo falará mais alto e a concordância desses funcionários será praticamente compulsiva. É forte a

dependência econômica deste trabalhador ao seu empregador. Sabe-se que com os descontos atribuídos aos salários, o salário líquido será ainda inferior ao bruto, sendo insuficiente para dar segurança a estes empregados categorizados na reforma, como hiperssuficientes.

Outro dispositivo alterado pela reforma foi o artigo 507-B que faculta a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Embora seja uma previsão normativa recente, existem diversas críticas em relação à eficácia deste dispositivo, visto que, não há que se falar em quitação de valores que ainda não estão pagos, portanto, o empregado será totalmente prejudicado, pois, uma vez mais renunciará seus direitos trabalhistas.

Ainda, existem estudiosos do Direito do Trabalho que afirmam que bastam os recibos para a comprovação das obrigações trabalhistas, logo, não cabe ao sindicato a quitação anual dessas verbas, uma vez que, na prática, a maioria dos direitos do trabalhador serão ocultados pelos empregadores, que poderão encerrar quaisquer pagamentos pendentes com o termo de eficácia liberatória das parcelas. Ademais, o empregado que está subordinado, dependente economicamente do seu empregador, se este solicitar que assine um recibo de quitação de horas extras, adicionais etc., como o sindicato poderá adivinhar que o recibo não correspondente à realidade? Será o empregado hipossuficiente que denunciará o seu empregador no momento da homologação?

5. A IDENTIDADE DO TRABALHADOR E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Historicamente, a maioria das propostas das reformas justificam que os tempos mudam e as leis não conseguem acompanhar suas evoluções. Ocorre que a primeira legislação trabalhista, desde sua vigência, tem sido constantemente modificada adaptando-se ao contexto das relações de trabalho, especialmente no tocante à dignidade do trabalhador. Para que haja alterações nos dispositivos de uma legislação, ou a inclusão de outras normas no mesmo corpo jurídico, todos os sujeitos relacionados a ele devem ser notados, desde os mais favorecidos até os hipossuficientes (DE LIMA, 2017, p. 15). Essa ordem não foi respeitada pela reforma trabalhista; pelo contrário, nessas mudanças normativas os interesses dos trabalhadores foram desconsiderados, especialmente em relação à sua dignidade humana, na mesma proporção que a classe empresária foi elevada e seus direitos assegurados. Pouco foram discutidas estas mudanças e, ainda que discutidas, não foram ouvidos os interesses reais de todos os atores envolvidos.

É importante lembrar que o labor é essencial para a vida do homem, seja como fazendo parte de um todo, seja na busca de sua identidade de trabalhador. Ao longo desse caminho, a garantia dos direitos da personalidade representam a preservação da dignidade do indivíduo, além de serem indispensáveis ao seu crescimento (VÁLIO, 2006, p. 10). Durante todo o contrato de trabalho, o empregado constrói sua identidade enquanto trabalhador, dentro do estabelecimento comercial. Os direitos da personalidade desse trabalhador devem ser sempre observados e respeitados, principalmente a dignidade humana dos empregados considerada, para a elaboração das leis trabalhistas. Essa dignidade se manifesta no direito à vida, à honra, à integridade física, à saúde, à integridade moral, à intimidade, bem como à garantia da afirmação social do trabalhador no recinto laboral.

Ainda que o Direito Trabalhista, antes da reforma, não mencionasse expressamente os direitos da personalidade convencionados em nossa Carta Magna, esses direitos são oponíveis contra o empregador, por conseguinte devem ser respeitados, independentemente de encontrar-

se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial (BARROS, 1997, p. 56). Destaque-se, que este aspecto merece reflexão, entretanto, não se fará nesse artigo por não fazer parte do seu objeto, mas a reforma ao inserir os direitos da personalidade no seu texto, o faz de forma tímida, mais para limitá-los que para salvuardá-los.

Essencialmente, o Direito do Trabalho busca a preservação e proteção da dignidade da pessoa humana, seja físico, material, mental ou psíquico, intelectual, moral e existencial, caso contrário, a legislação trabalhista perde o seu papel de proteger o ser humano. Para que todo homem realize-se enquanto pessoa, é imprescindível que o princípio da dignidade humana e os direitos de personalidade constituam a satisfação de um mínimo existencial, que não pode ser garantido sem um trabalho, um emprego digno.

Os novos dispositivos acrescentados à CLT com a Reforma Trabalhista não deixarão escolhas aos trabalhadores senão abrir mão desse mínimo existencial para assegurar o seu sustento e de sua família. Por exemplo, a arbitragem aos contratos individuais de empregados que recebem duas vezes o maior benefício da previdência não traz a ideia de igualdade entre as partes, mas a submissão forçada desses trabalhadores ao instituto para garantia de seus empregos. Uma verdadeira afronta à sua liberdade de expressão e ao direito de livre acesso ao judiciário, pois pretende limitar a sua iniciativa e não incentivar que o mesmo não abra mão de seus direitos fundamentais.

A classe empresária fortalecida pela reforma trabalhista possivelmente utilizará o novo dispositivo da quitação anual dos direitos trabalhistas para se eximir de suas responsabilidades contratuais, tais como pagamento de horas extras, adicionais, ou até mesmo desobrigar-se de eventuais acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais acometidas na vigência do contrato de trabalho. O direito à saúde e à integridade física estará leiloado ao sabor da boa-fé do contratante.

Tendo em vista que, tamanha a necessidade de manter o seu emprego, diante do notório desemprego registrado historicamente em nossa sociedade, é que o trabalhador se sujeitará à violação dos direitos de personalidade, privacidade e intimidade, bem como à dignidade da pessoa humana. Abrirá mão do seu mínimo civilizatório, do seu mínimo existencial, em prol da sobrevivência.

CONCLUSÕES

Afinal, os dispositivos da reforma trabalhista de modo geral inverteram a ordem trabalhista, transformando a classe empresária em hipossuficiente e a classe trabalhadora em hipersuficiente. A reforma, como posta, trouxe benefícios e garantias aos empregadores, na mesma proporção que os trabalhadores foram desfavorecidos e seus direitos da personalidade esquecidos, especialmente, a dignidade humana desses empregados que, a partir de agora abrirão mão de seu mínimo existencial para garantia de seus empregos.

A análise específica dos dois dispositivos: 507-A e 507-B permitiu conclusões importantes, inicialmente, no método de solução de conflitos extrajudicial denominado arbitragem, no qual nomeia-se um terceiro imparcial para proferir um laudo arbitral, com a mesma eficácia jurídica de uma sentença judicial, em que julgará a controvérsia trazida, arbitrando uma sentença condenatória ou absolutória. Esse instituto tem como regra clara que somente se arbitrará bens patrimoniais disponíveis. Portanto, o presente estudo concluiu a total incompatibilidade desta prática com o Direito do Trabalho, em que os bens são indisponíveis.

Assim, o novo dispositivo que prevê a arbitragem aos contratos individuais trabalhistas daqueles empregados que recebem o dobro do maior benefício da previdência social, provavelmente não logrará êxito. Primeiro pelo antagonismo dos bens trabalhistas, que jamais podem ser renunciados, segundo porque o grupo de trabalhadores que recebem esse teto remuneratório, pelo simples fato de perceberem um valor acima dos demais empregados não devem ser considerados aptos, nem mesmo autônomos para celebrarem com igualdade sua rescisão contratual com seus empregadores, sem provavelmente atingir seus direitos da personalidade, especialmente, dignidade da pessoa humana. O mesmo ocorre com a quitação anual prevista pelo novo artigo 507-B da CLT, essa é uma nova função atribuída ao sindicato, com o intuito de bloquear que as demandas cheguem à justiça do trabalho e fazê-lo mero carimbador da pretensa quitação.

Nessa direção, o presente estudo observou que em experiências anteriores houve essa tentativa de desafogar as reclamações trabalhistas por meio de órgãos extrajudiciais que na época eram chamadas Câmaras de Conciliação Prévia. A passagem por essa conciliação era obrigatória e, caso houvesse acordo, seria emitido um termo de eficácia liberatória geral das verbas transacionadas. Em caso negativo, na ausência de transação entre as partes, a demanda chegava ao Judiciário. Na realidade, salvo honrosas exceções, essas comissões não foram eficazes, uma vez que, mesmo em acordos, não raras vezes, terminavam na Justiça do Trabalho, pois não ficavam bem resolvidos pelas partes ou mesmo não havia segurança jurídica alguma do mencionado termo de eficácia geral das parcelas.

A partir da análise deste antigo instituto e suas experiências, este estudo concluiu que, provavelmente, o legislador teve a mesma intenção das Comissões de Conciliação Prévia, quando da elaboração do novo artigo 507-B, parágrafo único, exatamente no momento em que atribuiu ao sindicato a função de emitir o termo de eficácia geral das parcelas que, supostamente, já teriam sido quitadas ao longo do ano pelo empregador.

Assim, conclui-se que, como em experiências precedentes, possivelmente a aplicação deste novo dispositivo da Reforma Trabalhista não será eficaz para a quitação de todas as verbas trabalhistas, aliás, certamente, a maioria dos trabalhadores, após o termo de eficácia das parcelas trabalhadas abrirão mão de seu mínimo existencial negociando seus direitos da personalidade para garantia de seus empregos e sustento próprio e de seus familiares. Conclui-se ainda que todo trabalhador deve ter sua dignidade humana respeitada durante o contrato de trabalho. O empregado constrói sua identidade no meio ambiente laboral e ela deve ser preservada, visto que esse é o princípio basilar da legislação trabalhista “deformado” nessa suposta “reforma”.

REFERÊNCIAS

- BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.
- BARROS, Verônica Altesf. **As Comissões de Conciliação Prévia e o Acesso ao Judiciário**. Disponível em: <<http://www.redebrasil.inf.br/0artigos/conciliacao.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DE LIMA, Francisco Meton Marques; DE LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

DISSENHA, Leila Andressa. **Lei Laboral de Arbitragem**. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba.

FERREIRA, Adalberto Jacob. **Arbitragem no Direito Individual do Trabalho**. RST nº 328. Outubro/2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Convenção coletiva e contrato de trabalho: súmula e poder de legislar. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v.27, n. 321, p. 113-116, mar. 2016.

GONÇALVES, Tiago de Araújo. **A Aplicação da Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307/96 aos conflitos individuais do trabalho frente ao princípio da indisponibilidade**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, São José dos Pinhais.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo coletivo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem mediação e conciliação**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2016.

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

VÁLIO, Marcelo Roberto Bruno. **Os direitos da personalidade nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

Recebido em: 25 mar. 2018.

Aceito em: 8 out. 2018.

REFLEXÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL DA EMPRESA

Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito pela UFC (1993). Especialização em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Salamanca-Espanha (2001) e pela Universidade Austral - Argentina (2004). Professora Associada IV da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora Titular da graduação e pós-graduação do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Líder do Grupo de Pesquisa Tributação Ambiental.
deniluc@fortalnet.com.br

Mariana Bezerra Muller

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau - Natal.
marianabmuller@gmail.com

RESUMO: O artigo versa sobre a ampliação do princípio do mínimo existencial para as pessoas jurídicas no Brasil, garantindo que a carga tributária não inviabilize sua atuação no mercado. O debate inicia-se com os direitos fundamentais para as pessoas jurídicas, com foco nos limites ao poder de tributar previstos na Constituição brasileira. Os princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da proibição do confisco servem de base para proteger a atuação empresarial e garantir o patrimônio mínimo. Defende-se a necessidade de respeito ao mínimo existencial da empresa, viabilizando, assim, a livre concorrência e a espontânea iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Tributação. Capacidade contributiva. Mínimo existencial da empresa.

Reflections on the existential minimum of the company

ABSTRACT: This essay deals with the expansion of the minimum existential principle for legal entities in Brazil, ensuring that the tax burden does not make it impossible to act in the market. The debate begins with the issue of fundamental rights for legal entities, focusing on the limits to the power to tax foreseen in the Brazilian Constitution. The principles of contributory capacity, isonomy and prohibition of confiscation serve as a basis for protecting business performance and guaranteeing minimum assets. It is defended the need to respect the minimum existential of the company, thus enabling free competition and free initiative.

KEYWORDS: Taxation. Contributory capacity. Existential minimum of the company.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Comumente, a expressão “direitos fundamentais” está vinculada ao cidadão, sendo, por vezes, esquecida a sua aplicabilidade também às pessoas jurídicas, na medida de sua natureza e da sua devida capacidade de exercê-los.

Parte-se aqui da premissa de que a pessoa jurídica também é titular de direitos e garantias fundamentais e, na qualidade de contribuinte, está protegida pelo rol de princípios constitucionais tributários expressos no art. 150, da Constituição da República Federativa do Brasil, oportunamente, denominados “das limitações do poder de tributar”.

Por tal feita, é necessário que se levem em conta a igualdade e a capacidade contributiva como fatores limitadores da tributação, de modo a evitar que os tributos tenham efeito confiscatório e, ao mesmo tempo, impedir que se atinja o patrimônio mínimo do contribuinte.

Nesse sentido, nenhum óbice existe para a compreensão de que a personalidade é um dado jurídico e, se a lei achou por bem atribuir a condição de sujeito de direitos às empresas, pois, sendo estas titulares de direitos e obrigações, serão alvo de tributação e, conseqüentemente, da proteção ao excesso de tributação. Com efeito, a capacidade contributiva é um direito fundamental inerente à personalidade, razão por que é amplamente aplicável às pessoas jurídicas.

Seguindo esta linha, o Estado tem de observar que, consoante ocorre com as pessoas físicas, as jurídicas necessitam de um patrimônio mínimo para lhes garantir a existência como empresas e a manutenção de sua atividade produtiva.

Assim, mostra-se plenamente cabível a ideia de respeito ao mínimo existencial das organizações negociais, sendo razoável sua aplicação para que se evite uma tributação excessiva onde não exista capacidade contributiva.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS EXTENSIVOS ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Os direitos fundamentais são fruto do estabelecimento de uma luta histórica por parte da população, que via a necessidade de ter seus direitos respeitados ante a atuação do Estado. A incorporação formal de direitos e garantias fundamentais na Constituição brasileira visa a assegurar às pessoas uma atuação livre de abusos e arbitrariedades estatais e, ao mesmo tempo, um respeito por parte do Estado às mais diversas configurações de liberdade.

De início, cabe determinar que os titulares dos direitos fundamentais, no âmbito de uma relação jurídica, são aqueles que podem exigir o cumprimento, o respeito ou a proteção dos direitos garantidos. Assim, ante qualquer ameaça de privação, na maioria das vezes, tal circunstância exige a atuação do Estado. Como salienta Robert Alexy (2008, p. 456), o direito de defesa existe em face do Estado e a que ele se abstenha de intervir; direito à proteção é um direito em face do Estado e a que ele zele para que terceiros não intervenham.

Desde que promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, os direitos fundamentais previstos nela são de incidência inquestionável quanto às pessoas físicas. Outrora, quando se tratava acerca de pessoas jurídicas, ao contrário do que ocorreu com a Lei Fundamental alemã, que reconheceu expressamente a validade dos direitos fundamentais para as pessoas jurídicas em seu artigo 19, III¹, essa previsão não foi expressa na Carta Magna pátria e, por tal razão, ficou dita função a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Neste sentido, Gilmar Mendes e Paulo Branco assim se expressam:

¹ Art. 19, (3): Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas. [Tradução livre]. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

[...] não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. (2015, p. 171).

Os entes coletivos, perante as novas facetas dos direitos fundamentais, são reconhecidos como merecedores de proteção, conforme se pode analisar na lição de José Afonso da Silva (2017, p. 194):

[...] a pesquisa no texto constitucional mostra que vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade do domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio da pessoa jurídica [...].

O rol exposto pelo autor não é exaustivo, cabendo aplicação dos mais diversos tipos de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, independentemente de sua localização dentro da CRFB, consoante expressa Sarlet (2009, p. 222), desde que haja compatibilidade entre tais direitos e a própria natureza da pessoa jurídica. No mesmo sentido, Dimoulis e Martins (2014, p. 4) asseveram que, para efeitos da titularidade de direitos fundamentais, as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, quando o exercício de um direito for compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica.

A pessoa jurídica deve ser reconhecida como titular de direitos fundamentais. Com efeito, o intérprete da norma deve buscar não só proteger as pessoas jurídicas em si, como também amparar as pessoas físicas, já que é por meio da reunião destas que a própria ideia de pessoa jurídica é constituída, privilegiando a liberdade de associação e reconhecendo a titularidade de direitos fundamentais a todos a quem o ordenamento denominou de “pessoa”.

2. MÍNIMO EXISTENCIAL DA EMPRESA

Uma vez compreendida a ideia de que a maioria dos direitos fundamentais se aplica às pessoas jurídicas, cumpre agora tratar sobre o respeito ao seu patrimônio perante a atuação do Estado, por meio da limitação ao poder de tributar garantida pela CRFB.

No primeiro passo, na breve análise do Estado fiscal minimalista, no qual, sob a inspiração do liberalismo, se constatava não caber ao Estado qualquer intervenção na propriedade ou na economia, os tributos denotavam apenas função arrecadatória para financiar atividades, como justiça, segurança e defesa externa, devendo o Estado se abster de invadir a vida privada, sendo incabível qualquer ato que violasse a propriedade (SCHOUERI, 2011, p. 22).

O problema surgiu com o advento do Estado social, quando o Ente estatal cresceu, com isto se ampliando, também, a necessidade de captação de recursos para se atingir inúmeras funções antes inexistentes. A realidade imposta pelo Estado social implica o aumento excessivo de tributos para manter robusto este Ser estatal e, por vezes, deixando de lado as liberdades individuais.

A insatisfação popular, em decorrência do desrespeito à propriedade privada que ocorria por parte do Estado social, fez com que fosse inaugurado o Estado democrático de Direito, com renovada ideia de limite à tributação, em demanda de evitar o caráter excessivo dos tributos e verdadeiramente inconciliável em relação à liberdade e ao respeito à propriedade privada dos contribuintes (TORRES, 2005, p. 3).

Na organização moderna da estrutura do Estado, impõe-se a obrigação tributária aos cidadãos como meio para que este possa arcar com os seus deveres e atribuições previstas, além de atender às demandas da população. Por outro lado, busca-se o respeito aos limites da tributação, a fim de possibilitar que o cidadão viva em sociedade, com a liberdade individual preservada, evitando-se abusos por parte do Estado.

Sobre a importância dos tributos para a organização do Estado, preleciona Klaus Tipke (2002, p. 57) que, “[...] *sin el Estado y los impuestos necesarios para su existencia los ciudadanos se verían sometido en breve plazo a la violencia, la arbitrariedad y la justicia privada de los demás.*”

A Constituição brasileira de 1988 dá a percepção da ideia de que o Brasil se encaixa na modalidade de Estado democrático de Direito e, como tal, prevê princípios liberais e direitos sociais de modo mais equilibrado.

Quando o foco é na relação tributária, a CRFB resguarda os contribuintes contra possíveis abusos por parte dos entes federativos, garantindo-lhes o direito fundamental de ver limitada a tributação por parte dos entes estatais.

Apesar de a CRFB detalhar, expressamente, os princípios gerais desde o artigo 145, existem muitos princípios que estremam a atuação tributária em toda a Constituição, havendo, inclusive, princípios implícitos que podem surgir conforme a interpretação de outros artigos.

Respeitadas as limitações ao poder de tributar, previstas na Constituição nos arts. 150-152, é importante esclarecer que tal rol não é exaustivo, já que os princípios constitucionais podem surgir com a interpretação de todo o Texto Constitucional (ÁVILA, 2006, p. 53).

Não obstante, para que se entenda o mínimo existencial, é necessário primeiro cuidar do princípio da isonomia e, em decorrência deste, analisar o princípio da capacidade contributiva, buscando complementar esse exame com a abordagem ao princípio da proibição do confisco. O objetivo é adentrar o direito de proteção ao mínimo existencial, que tem a base no desdobramento de tais princípios, quando se refere ao Direito Tributário.

Assim, em decorrência do princípio da isonomia em matéria tributária, é que se determinam os parâmetros a serem seguidos pela tributação para tratar de pessoas físicas ou jurídicas que assumam características semelhantes.

É importante exprimir a ideia de que a igualdade está umbilicalmente ligada à capacidade contributiva das pessoas, pois somente a segunda pode operacionalizar a aplicação de tributos, exigindo a submissão a um maior ou menor ônus tributário, de acordo com a força econômica do contribuinte de suportar os encargos.

Registra-se, por oportuno, a Súmula n. 481, do Superior Tribunal de Justiça (2012) que dispõe: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”. Observa-se, também, nessa decisão o direcionamento da jurisprudência brasileira no sentido de aplicar os direitos fundamentais também às pessoas jurídicas.

2.1. Sobre a capacidade de contribuir

Para se obter o real significado da capacidade contributiva, é preciso enfrentar aspectos diretos tais como: quanto se pode pagar? Quanto efetivamente é pago? Qual o montante suportado pelo contribuinte? Como atingir o limite da tributação sem chegar ao confisco?

A técnica jurídica tem de conseguir desvendar a realidade econômica das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, para poder saber a resposta correta para as indagações acima e, assim, chegar o mais próximo possível da justiça fiscal (CAVALCANTE, 2014, p. 267). E, nada melhor para isto do que adotar como ponto de partida a observância do princípio da isonomia.

É certo que identificar a capacidade contributiva não é tarefa simples, porquanto a tributação deve extrair do patrimônio dos particulares recursos para agregar aos cofres públicos numerários suficientes para atender as necessidades coletivas sem, contudo, sacrificá-los ao ponto de atingir o seu mínimo existencial. Vê-se, logo, como esta fórmula é complexa, devendo ser respeitado o mínimo existencial, considerando as peculiaridades de cada contexto, pois este não é uma categoria universal (SCAFF, 2006, p.120), principalmente numa sociedade com grandes desproporções econômicas como a brasileira.

O princípio da capacidade contributiva como diretriz nas imposições fiscais é bem antigo e tem como uma das suas finalidades a redistribuição de rendas (GRUPENMACHER, 2006, p. 103), buscando equalizar a condição razoável de vida para todos, sendo o Estado o agente dessa redistribuição da renda auferida dos que possuem capacidade de contribuir, com o menor sacrifício (BRITO, 1982, p. 70).

Pressuposto básico das constituições modernas é a observância do poder econômico de cada cidadão para contribuir, conforme suas possibilidades, com as despesas estatais, resguardando sempre o mínimo de sua existência.

Cuidando do aspecto histórico do princípio da capacidade contributiva, Godoy (1999, p. 188) recorda que este é o cânone mais importante para Adam Smith, sendo que é na observância ou não deste princípio que se denomina equidade ou falta de equidade da tributação.

A técnica fiscal impõe que seja identificada a aptidão econômica do sujeito passivo para extrair a capacidade contributiva. Daí a necessidade de dotar a Administração Pública de meios hábeis para visualizar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, possibilitando uma tributação mais justa, com vistas a incidir no patrimônio dos grandes grupos econômicos.

As empresas menores não podem ser sacrificadas ao ponto de inviabilizar sua existência no mercado. Medidas diferenciadas como o SIMPLES buscam atenuar as diferenças econômicas das micro e pequenas empresas, mas essa realidade ainda é insuficiente. A tributação sobre a pessoa jurídica continua muito desigual e confusa. Regras claras e mais justas são necessárias. Constata-se, pois, que a capacidade contributiva é um meio para que se atinja a justiça tributária, tendo por mister a concretização do ideal de uma tributação isonômica.

Quando se reporta ao interdito de tributação com efeito de confisco, é de fácil entendimento sua ligação com a capacidade contributiva, visto que o confisco se inicia onde termina a capacidade de o cidadão contribuir. Impõe-se, com efeito, a reflexão sobre se a exigência de um tributo não ultrapassou o patamar aceitável, de maneira a atingir em cheio o patrimônio do contribuinte, ao cúmulo de impedir o desenvolvimento pessoal e a própria atividade econômica, consoante exprime Ives Martins (2001, p. 178):

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte. Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

A capacidade contributiva e seu vínculo com a proibição de tributo, com efeito de confisco, e o próprio mínimo existencial, abrangem a renda disponível para a contribuição. De tal sorte, nenhum tributo pode atingir o mínimo existencial, pois este é anterior à própria capacidade, como também não há de ultrapassar esses limites, visto que a “[...]capacidade contributiva termina, de todo o modo, onde começa o confisco.” (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 67).

Conquanto o mínimo existencial não conte com previsão expressa na CRFB, sobra como mandamento implícito, pois exprime um direito fundamental dos contribuintes, que decorre não só na dignidade, mas, também, conforme demonstrado, na própria igualdade e na capacidade contributiva, encontrando sua maior aplicação nos direitos econômicos e sociais (TORRES, 2009, p. 13).

A tributação do patrimônio mínimo afeta os mais diversos tipos de direitos fundamentais e contamina a própria ideia de Estado democrático de Direito, conforme Tipke e Yamashita explicam (2002, p. 34):

O princípio da capacidade contributiva protege o mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial não há capacidade contributiva. O mesmo resulta da dignidade humana e do princípio do Estado Social. O princípio da capacidade contributiva antes a ambos os princípios. Num Estado Liberal não é permitido que o mínimo existencial seja subtraído pela tributação, parcial ou totalmente, e uma compensação seja dada em benefícios previdenciários. O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como o Estado Social, deve devolver.

Reconhecido como direito fundamental, o patrimônio mínimo deve ser respeitado pelo Estado, seja para a manutenção da vida digna das pessoas físicas ou para a continuidade da atividade e existência das pessoas jurídicas, em respeito à sua capacidade contributiva.

3. EFETIVIDADE DA TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Já consolidada a premissa de que as pessoas jurídicas são titulares dos mais diversos tipos de direitos fundamentais, Canotilho reconhece a importância destes, para que se respeite a essência do direito fundamental e da própria pessoa jurídica (1998, p. 384).

Haja vista a carência de conteúdo específico por parte da ideia de mínimo existencial, é possível induzir o argumento de que o princípio assegura aos titulares de direitos fundamentais o acesso às diversas garantias previstas na Constituição, de modo, pelo menos, essencial, existencial e não alienável, evitando-se o isolamento completo do titular aos direitos que garantem sua existência (TORRES, 2009, p. 25).

É relevante evocar a ideia de que a teoria do mínimo existencial não é restritiva, pois pode encontrar fundamentos nos mais diversos ramos do Direito e tirar sua validade com suporte na análise de vários artigos da Constituição.

Tratando sobre o alcance do mínimo existencial às empresas, destaca Denise Daniel:

Como exigência constitucional à aplicação da justiça fiscal, o mínimo isento não se aplica apenas às pessoas físicas. Ele deve ser considerado sempre que houver manifestação de riqueza tributável, independentemente de quem seja o titular dessa riqueza. Nenhum sujeito de direito que tenha ingressos que se prestem apenas à sua manutenção básica pode ser constringido a contribuir com os gastos públicos. (2006, p. 47).

Tal aplicação não poderia ser vista de modo diverso. A própria CRFB situa em posição de destaque a livre iniciativa, valorizando a atividade empresarial como motriz para o desen-

volvimento econômico e social, reconhecendo a importância do cumprimento do atributo inerente à atividade empresarial, a função social da empresa, consoante explica Gladston Mamede:

[...] o princípio da função social da empresa reflete-se tanto a favor, quanto em detrimento do empresário ou dos sócios da sociedade empresária, já que se retira deles a faculdade de conservação ou exercício arbitrário da empresa, temperando a titularidade desta com interesses públicos, o que pode levar, inclusive, à desapropriação da atividade econômica organizada ou, ainda, à sua transferência compulsória a outrem, como na hipótese de falência. Essa possibilidade, por si só, recomenda cuidado para impedir a verificação de arbítrio estatal sobre os agentes privados; a aplicação do princípio da função social da empresa não pode desprezitar os direitos dos titulares da empresa – total ou parcialmente –, já que há proteção constitucional para a livre iniciativa (art. 1º, IV) e para a propriedade (art. 5º, XXII), embora deva essa atender à função social (art. 5º, XXIII), o que fecha o círculo e recomenda ao jurista prudência, bom senso, para equilibrar os valores opostos, exigindo-lhe equidade. (2015, p. 48).

Assim, o caráter dual da função social da empresa garante que o empresário se obrigue a cumprir certas exigências em nome da comunidade ou do próprio Estado que se beneficia de sua atuação. Ao mesmo tempo, a função social também tem o condão de obrigar o Estado a respeitar os direitos fundamentais da pessoa jurídica, estando, entre tais direitos, indubitavelmente, o da tributação justa.

De fato, as empresas são suscetíveis a abusos e podem ter a existência comprometida em decorrência de uma tributação desproporcional. Desse modo, o princípio da preservação da empresa, hoje abrigado junto à função social da empresa, é citado por Fachin como

O princípio da preservação da empresa interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais. Tal preservação da empresa tem uma notável importância. O princípio da preservação é gênero no qual a continuidade das atividades compõe espécie, e nele se encontra similitude com a guarida ao patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento. (2006, p. 187).

Tanto a capacidade contributiva quanto o mínimo existencial são plenamente aplicáveis às pessoas jurídicas, pois, assim como ocorre com as pessoas físicas, os entes coletivos podem ter patrimônio incompatível com a capacidade de contribuir. Tal significa expressar a ideia de ser possível inexistir lucro, pois todo o dinheiro que entra na empresa pode ser utilizado para a manutenção da própria atividade, o que é cada vez mais comum no ocorrente panorama de crise.

Releva esclarecer, por ser adequado o momento, o fato de que a capacidade contributiva da empresa difere da habilidade contributiva dos sócios que a compõem, exatamente em razão de a empresa ser portadora de personalidade jurídica própria e patrimônio independente, desde que não ocorra confusão patrimonial.

Isso posto, a atividade empresarial, com origem na própria ideia da função social da empresa, deveria não responder por encargos com o Estado, se inexistisse capacidade contributiva.

Como modo de auferir qual seria o mínimo isento a ser respeitado, deve-se considerar se existe renda além da necessária para manter a atividade empresarial de acordo com a realidade e os recursos da organização específica, já que análises fixas impedem o ente tributante de perceber peculiaridades.

No Brasil, a pessoa jurídica arca com uma complexa incidência tributária, tanto em relação às obrigações acessórias, como no concernente aos compromissos principais, com as

contribuições decorrentes do lucro real e outros tributos originados na atividade empresarial. O faturamento é tributado, sem esquecer dos impostos sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços, além de outras exações, podendo acarretar superposição de tributos que desconsiderem a real capacidade contributiva da pessoa jurídica.

Longe se está do parâmetro ideal. Almeja-se uma tributação que respeite a real capacidade contributiva da empresa, bem como a simplificação do sistema tributário nacional, reduzindo o número de tributos e de obrigações acessórias, com uma legislação mais clara e objetiva.

Quando se trata de pessoas jurídicas, é notória a inobservância, pela legislação vigente, ao patrimônio mínimo, fazendo com que organizações com receitas que garantem apenas o mínimo material para a sua existência e manutenção contraíam dívidas tributárias com as quais não poderão arcar, impedindo-a de prosseguir na sua atividade, em total descompasso em relação aos princípios gerais da atividade econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe reconhecer o fato de que, mesmo não havendo previsão expressa na CRFB, a titularidade de direitos fundamentais por parte das pessoas jurídicas é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina.

Não seria diferente quando se cuida acerca do direito de ver limitado o poder de tributar do Estado, pois a própria função social da empresa faz o Ente estatal se comprometer com a não interferência na iniciativa privada, chegando a impossibilitar a continuidade da atividade empresarial.

Apesar da amplitude do rol de limitações ao poder de tributar, neste estudo, buscou-se focar na igualdade, na capacidade contributiva e na proibição do confisco, com vistas a confirmar a existência do mínimo existencial da empresa na conjuntura do Direito Tributário.

Observou-se que o mínimo existencial deve ser preservado, de modo a evitar que pessoas jurídicas sejam tributadas no seu patrimônio mínimo, impossibilitando sua continuidade empresarial.

É fato, pois, que o mínimo existencial é plenamente aplicável às pessoas jurídicas, pois estas também necessitam de um patrimônio mínimo para garantir a sua existência e manutenção de sua atividade produtiva.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A efetividade da justiça fiscal: reflexões sobre a capacidade contributiva do cidadão-contribuinte brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al (Coords.). **Direito Tributário**: estudos em homenagem a Edvaldo Brito. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 266-278.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

DANIEL, Denise de Cássia. **O imposto de renda das pessoas jurídicas e a compensação de prejuízos fiscais**. 2006. 135 f. Dissertação de mestrado em Direito, UFPR. Curitiba: 2006.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo – à luz do novo Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Tavares (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

GODOY, Marciano Seabra. **Justiça, igualdade e Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999.

MAMEDE, Gladston. **Empresa e atuação empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, vol. VI. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Tavares (Org.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Recebido em: 21 abr. 2018.

Aceito em: 11 jun. 2018.

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O ANONIMATO DO DOADOR

Regina Beatriz Tavares da Silva

Pós-Doutora em Direito da Bioética (2013) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutora em Direito (1998) e Mestre em Direito Civil (1990) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1979). Presidente e Fundadora da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Coordenadora e Professora dos Cursos de Especialização em Direito de Família e das Sucessões na Escola Superior de Advocacia ESA - OAB/SP. Professora Titular da Disciplina de Relações Familiares no Século XXI no Curso de Mestrado em Direito Privado e Relações Sociais do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7).
reginabeatriz@adfas.org.br

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise comparativa entre o Provimento nº 52/2016 e o Provimento nº 63/2017, ambos do Conselho Nacional Justiça, no que tange às normativas acerca do registro civil da pessoa nascida por reprodução assistida. Demonstrar-se-á que o Provimento nº 52/2016 oferecia efetiva proteção aos direitos da personalidade da pessoa gerada por reprodução assistida, ao estabelecer a obrigatoriedade de arquivamento no registro civil dos dados do doador, com sua identificação e seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas. Serão realizadas críticas ao anonimato do doador do material genético, explicitando a relação do direito com as novas tecnologias, o direito ao conhecimento da origem biológica e o risco de incesto oriundo dessa prática nos moldes do Provimento 63/2017.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida. Procriação medicamente assistida. Origem biológica. Origem genética. Anonimato do doador. Conselho Nacional de Justiça.

Assisted Reproductive Technology and the genetic material donor anonymity

ABSTRACT: This article aims a comparative analysis between Provision nº 52/2016 and Provision nº 63/2017, both of the National Justice Council, regarding the registration of the name and clinical data of the donor of the genetic material in assisted reproduction. It will be demonstrated that Provision nº 52/2016 would provide effective protection of the rights of the personality of the person generated by assisted reproductive technology by establishing the obligation to file the name of the gametes donor at the Registry Office with their identification, their general clinical data and phenotypic characteristics. It will be made a critic to the anonymity of the donor of genetic material, explaining the relation of law to new technologies, the right to biological origin's knowledge and the risk of incest arising from this practice.

KEYWORDS: Assisted Reproductive Technology. Medically assisted procreation. Biological origin. Genetic origin. Donor anonymity. National Council of Justice.

INTRODUÇÃO

Neste artigo o desenvolvimento do tema da Reprodução Assistida é realizado com base nas normas deontológicas, providas do Conselho Federal de Medicina (CFM), e nas regras administrativas, oriundas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A utilização cada vez mais frequente das técnicas artificiais reprodutivas conduz à necessidade de análise jurídica sobre as suas consequências nas esferas de todos os envolvidos, especialmente do ser humano gerado por reprodução assistida.

Diante do pressuposto de que o ser humano gerado por reprodução assistida é, entre todos os envolvidos, aquele que merece a maior preocupação, diante de sua indiscutível vulnerabilidade, o presente trabalho volta-se principalmente ao sigilo ou anonimato do doador de gametas, que, atualmente, está imposto pelas referidas normativas, para beneficiar o uso da técnica e proteger quem doa o material genético e quem o recebe, o que não confere a indispensável proteção à pessoa assim gerada.

A comparação entre as regras anteriores emanadas do CNJ e as atuais conduz ao melhor entendimento da matéria, razão pela qual é examinado o Provimento CNJ 52/2016, que foi revogado pelo Provimento CNJ 63/2017.

Assim, propõe-se a maior reflexão sobre o tema, principalmente no que se refere à proteção de quem nasce mediante a aplicação das técnicas artificiais de reprodução.

A presente pesquisa adotou como metodologia predominante a análise qualitativa por meio da comparação entre os Provimentos do CNJ – vigente e revogado - que tratam da reprodução assistida, com base na pesquisa bibliográfica sobre o tema.

1. A IDENTIFICAÇÃO DO DOADOR DE GAMETAS SEGUNDO O PROVIMENTO CNJ 52/2016

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Provimento nº 52, de 14 de março de 2016¹, estabeleceu normas de extrema relevância sobre a reprodução assistida.

Até então, a reprodução assistida recebia regulamentação somente do Conselho Federal de Medicina – CFM -, que é órgão de supervisão da ética profissional, cujas normas dizem respeito exclusivamente à classe médica. Em suma, anteriormente ao Provimento CNJ 52/2016, existiam apenas normas deontológicas, sem eficácia *erga omnes*, que previam o sigilo do doador do sêmen ou da doadora do óvulo na reprodução assistida heteróloga, conforme a Resolução CFM nº 2.121, de 24 de setembro de 2015.

A proteção do doador do material genético, para que nunca pudesse ser identificado, tinha em vista o incentivo à doação de sêmen e óvulos, com a consequente ampliação do número de inseminações e fertilizações assistidas. Tudo pela utilização das técnicas de reprodução assistida, independentemente dos problemas que a não identificação do doador do material genético pudesse causar ao ser humano gerado desse modo, em termos existenciais, sem poder saber do seu passado ou de sua verdadeira origem.

A Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS)- foi intimada a se manifestar no Pedido de Providências nº 0004722-19.2014.2.00.0000, quando apresentou à Corre-

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 52, DE 14 DE MARÇO DE 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109>. Acesso em 17 set. 2018.

gedoria Nacional de Justiça os fundamentos pelos quais deveria ser vedado o anonimato ou sigilo do doador de material genético, assim como guardados com segurança os seus dados genéticos.

Como resultado, foi aprovado o Provimento nº 52/2016 do CNJ, pelo qual o doador de sêmen e a doadora de óvulo deveriam ser identificados em escritura pública a ser arquivada no Cartório de Registro Civil referente ao assento de nascimento da pessoa oriunda de reprodução assistida, assim como ali arquivados os respectivos dados clínicos e características fenotípicas (artigo 2º, II e § 1º, I combinado com art. 3º, § 2º).

No uso de suas atribuições, entre as quais normatizar os registros de nascimentos, em 14/03/2016, por meio daquele Provimento, a Corregedoria Nacional de Justiça, órgão do CNJ, estabeleceu normas de extrema relevância na proteção dos seres humanos nascidos por reprodução assistida.

No Provimento nº 52/2016, no art. 2º, parágrafo 1º, inciso I, o CNJ determinava ser indispensável, para o registro e emissão da certidão de nascimento do ser humano gerado por reprodução assistida, a apresentação de escritura pública, feita em Tabelionato de Notas, da qual constasse o consentimento do doador ou doadora para que o registro de nascimento da criança fosse feito em nome de outra pessoa ou dos chamados receptores:

§ 1º. Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem.

Também se repita que o CNJ determinava que fossem arquivados no Cartório de Registro Civil os dados clínicos de caráter geral e as características fenotípicas do doador e da doadora, para que o ser humano nascido da reprodução assistida também pudesse receber os tratamentos genéticos de que eventualmente necessitasse, com a devida garantia de que esses dados seriam preservados no Cartório e não só numa clínica de reprodução assistida, conforme seu art. 2º, II:

II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários.

E esse Provimento exigia esses documentos para o registro de nascimento, em razão do disposto no seu art. 3º, § 2º:

Art. 3º. É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.

§ 2º. Todos os documentos referidos no art. 2º deste Provimento deverão permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil.

Segundo o provimento do CNJ de 2016, embora fosse obrigatória a revelação da identidade do doador, essa informação não criaria vínculo de paternidade entre o doador de sêmen ou a doadora de óvulo e a criança gerada. Eram os termos do art. 2º, § 4º do Provimento n. 52/2016:

§ 4º. O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

Assim, inobstante tivesse sido determinada a revelação do doador, bem havia procedido o CNJ ao estabelecer a inexistência de deveres e direitos entre as duas partes. Ou seja, o filho não teria direito, por exemplo, de pleitear pensão alimentícia ou uma parte da herança do homem que doou gametas para sua concepção.

Em suma, o CNJ, com admirável sensibilidade e lucidez, havia elevado os direitos dos brasileiros concebidos em reprodução assistida a patamar superior ao sigilo do doador.

2. CFM E SUAS RESOLUÇÕES PELO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS

Mesmo sob a vigência do Provimento CNJ nº 52/2016, que determinou a vedação ao anonimato do doador com eficácia *erga omnes*, o Conselho Federal de Medicina (CFM) manteve o sigilo na doação de gametas na Resolução nº 2.121/2015, de 24 de setembro de 2015.

Conforme a Resolução nº 2.121/2015, no Capítulo IV, itens 2 e 4, somente por motivação médica poderiam ser fornecidas informações dos doadores, sem a revelação de sua identidade:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4. Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

E segundo essa mesma Resolução, no item 5, cumpre às clínicas a guarda dos dados genéticos:

Item 5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

Em 10 de novembro de 2017, outra Resolução, de nº 2.168, foi publicada pelo Conselho Federal de Medicina², que repetiu as mesmas normas a respeito da obrigatoriedade do sigilo sobre o doador de gametas, conforme se vê no Capítulo IV, itens 2 e 4:

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

4. Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

Todas as normativas do CFM sempre revelaram o receio de que a prática da reprodução assistida sofresse impactos negativos com o fim do anonimato dos doadores, desestimulando, por conseguinte, a aplicação dessa técnica.

² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2018

3. O ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS NO PROVIMENTO CNJ 63/2017

O Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017 do CNJ deixou de prever a obrigatoriedade da identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida, estabelecendo, em seu art. 8º, que:

Art. 8º. O Oficial do registro civil das pessoas naturais não poderá exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida.³

Como será demonstrado a seguir, foram revogados todos os avanços que haviam sido conquistados com o Provimento anterior.

Foi um retrocesso, que ofende os direitos da personalidade do ser humano gerado por essa técnica e que retirou do cenário nacional uma moderna normatização da reprodução assistida, realizada pela via registral.

4. DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E AS NOVAS TECNOLOGIAS

Como aponta Christian Ghasarian, a filosofia que amplia as possibilidades na procriação artificial tem em vista os interesses dos pais e doadores de gametas – os direitos dos adultos –, enquanto que a que restringe tem em conta em especial os interesses do embrião e da criança que vai nascer – os direitos desse ser indefeso, que não pode ser tratado como uma coisa ou uma “não pessoa”⁴.

Foi este o caminho trilhado pelo CNJ na anterior vedação do anonimato do doador: olhar para os interesses da criança procriada através de técnica reprodutiva artificial, porque aí efetivamente é que deve residir a maior preocupação.

Na expressão de Paulo Otero, o diálogo entre o Direito e as novas tecnologias genéticas envolve uma “encruzilhada existencial”. E essa tensão revela-se claramente nas tecnologias de procriação artificial: há dilemas e mais dilemas complexos e de difícil solução⁵.

Assim, algumas perguntas devem ser feitas sobre a reprodução medicamente assistida. Tudo que for possível tecnicamente é aceitável? O Direito deve adotar conduta de mera ratificação de tudo quanto pode ser cientificamente feito?

Relevantes são os ensinamentos de Fernando Araújo, que aponta a necessária ponderação de dois interesses, sem que sejam um bem ou um mal absoluto, mas que acarretam dificuldade ao Direito de realizar verdadeiras escolhas, o que, somado à complexidade técnica das questões sem regulamentação legal, mas apenas deontológica, acarreta os inconvenientes de propiciar “áreas de impunidade”, em matéria de tamanha importância⁶.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 17 set. 2018

⁴ GHASARIAN, Christian. *Introdução ao estudo do parentesco*. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999, p. 201.

⁵ OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 11/14

⁶ ARAÚJO, Fernando. *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 7/8.

Diante de tantos dilemas e sabendo que a matéria merece melhores estudos e não pode ficar adstrita aos pareceres médicos, que são indiscutivelmente os maiores interessados em sua ampliação, o CNJ havia vedado, mediante o Provimento nº 52/2016, o anonimato do doador de material genético.

5. DIREITO AO CONHECIMENTO DA ORIGEM BIOLÓGICA E DOS DADOS DA ASCENDÊNCIA GENÉTICA

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece direitos que se dirigem não só ao Estado e às entidades públicas, operando efeitos também na órbita privada⁷.

Na conformidade do art. 5º, XLI da CF/88 são vedadas quaisquer discriminações ou violações aos direitos fundamentais.

Em caso de conflito desses direitos, um deles deve prevalecer dentro de um juízo de ponderação, sempre no sentido mais conforme a Constituição Federal.

Cabe a seguinte pergunta: qual é o direito mais relevante no caso concreto, o sigilo do doador ou o direito fundamental do ser humano ao conhecimento de sua origem biológica e genética?⁸

Em tese de pós-doutoramento, apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em comparação do Direito brasileiro com o Direito português, foi examinado o direito de todos os seres humanos de conhecer sua origem biológica e genética como um direito fundamental que deve prevalecer sobre o direito ao sigilo do doador⁹.

Quem nasce de reprodução assistida pode ter graves problemas na formação e desenvolvimento de sua personalidade, ou seja, sua dignidade, como cláusula geral de tutela da personalidade, pode ser gravemente ferida, porque jamais terá o direito de conhecer sua ascendência, fazendo perguntas irrespondíveis como as seguintes: De onde eu vim? Quem é meu verdadeiro “pai?” Qual é a minha família de origem?

O direito à identidade pessoal não consta da Constituição da República Federativa do Brasil em sua relação explícita de direitos fundamentais do art. 5º, mas assim deve ser também havido, em face do disposto no parágrafo 2º desse dispositivo, que não atribui caráter taxativo ao rol de direitos fundamentais, sendo que o Código Civil brasileiro prevê expressamente o direito à identidade pessoal, entre os direitos da personalidade, nos artigos 16 a 19¹⁰.

⁷ “(...) não se pode dizer que a disciplina constitucional dos direitos fundamentais se limite a reger a relação cidadão-Estado. Vai muito mais longe, abrangendo domínios daquela mais afastados” conforme ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 67, v. 1.

⁸ IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, Enunciado n. 274: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz: Procriação ou reprodução medicamente assistida nas uniões homoafetivas. In. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, CAMARGO, Theodureto de Almeida (Org.). *Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p 17-25.

¹⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os Direitos da Personalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). *O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005. p.54-69.

E além desse direito fundamental, cite-se o direito ao desenvolvimento da personalidade, que se baseia na proteção da dignidade da pessoa humana, imposta pelo art. 1º, III da Constituição da República Brasileira.

Sobre o conhecimento da origem genética, sabe-se que é por meio dos seus dados que muitos tratamentos de saúde podem e cada vez mais poderão ser realizados. A Resolução CFM n. 2.121/2015 previa, assim como continuou a prever a Resolução CFM n. 2.168/17, sobre doação de gametas ou embriões, o dever das clínicas, centros ou serviços de manter, de forma permanente, os registros dos dados clínicos do doador, suas características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores. A norma de deontologia brasileira, ao determinar a conservação de forma permanente daqueles registros e da amostra do material celular do doador, crê numa utopia, ou seja, na infundável perpetuação de todas as clínicas ou de todos os centros de reprodução assistida.

Por isso o CNJ havia determinado, no Provimento nº 52/2016, também em atendimento ao requerimento da ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões –, que esses dados fossem arquivados no Cartório de Registro Civil do nascimento da criança fruto de reprodução assistida.

Mas, nossas reflexões vão além do direito ao conhecimento de dados genéticos, já que é inerente à pessoa humana o desejo de descoberta de sua memória ou ascendência familiar, ou de seus laços biológicos familiares, o que tem em vista o passado e inexoravelmente marca o futuro. A possibilidade de conhecimento da origem em preservação da formação da personalidade foi acatada na legislação brasileira, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, em matéria de adoção¹¹.

José de Oliveira Ascensão acentua:

Um ser que nasce sem história, a partir de gametas anônimos, pelo menos no que respeita a uma das suas vertentes, é um ser amputado. O conhecimento da origem biológica pode ser muito importante para restabelecer a sua inserção na cadeia geracional.¹²

Exatamente por isso, o ser humano, independentemente de sua forma de vir ao mundo, deveria ter o direito de poder conhecer, nas palavras de Rafael Luís Vale Reis (...) as circunstâncias respeitantes aos termos em que foi gerado, assumindo aqui particular importância o conhecimento das pessoas que, no plano biológico, determinaram imediatamente a sua existência.¹³

Como afirma o autor supra citado, a impossibilidade desse conhecimento provoca um “embotamento”.

Como salienta Manuel A. Carneiro da Frada:

Efectivamente, costuma referir-se o Direito e a Ética ao Bem e à Verdade: tanto a Justiça como o comportamento ético realizam o Bem e a Verdade. Mas estes valores últimos, conhecidos como transcendentais do ser, apresentam-se intermutáveis. Não há Bem sem Verdade, nem Verdade sem Bem.¹⁴

¹¹ ECA – Lei 8.069/1990, com as modificações da Lei 12.010/2009, art. 48.

¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. A Lei nº 32/2006 sobre Procriação Medicamente Assistida. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. III. Coimbra: Almedina, 2009, p. 33.

¹³ VALE E REIS, Rafael Luís. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 16 e 64.

¹⁴ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A.. Relativismo, valores, direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

Diogo Leite Campos também afirma ser ponderosa “a circunstância de o filho estar afectado psiquicamente pela circunstância de não conhecer os seus pais biológicos.”¹⁵

A revelação ao filho de que nasceu de reprodução assistida é seu direito fundamental. Além disto, a ocultação da verdade pelos pais registrais para com os filhos é a pior mazela que pode ocorrer na relação entre eles. Na adoção, mundialmente, se recomenda a revelação dos pais biológicos e no Direito brasileiro há norma legal expressa sobre a possibilidade do filho adotado de conhecer sua paternidade biológica (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 48). Na reprodução assistida não seria diferente, segundo o entendimento anterior do CNJ.

O direito ao conhecimento da origem biológica encontra lastro no plano internacional¹⁶. A Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas estabelece, no art. 7º, n.1, que a criança tem desde o nascimento “sempre que possível, o direito de conhecer os seus pais...”. De modo mais genérico – mas não menos firme – estabelece no art. 8º que os Estados partes “comprometem-se a respeitar o direito da criança a preservar sua identidade, incluindo a nacionalidade, o nome e as relações familiares, nos termos da lei, sem ingerência ilegal (...)”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 24, n.3, prevê que todas as crianças “têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os progenitores, exceto se isso for contrário aos seus interesses” (progenitores no sentido de pai e mãe biológicos). Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento recorda ainda a Resolução do Parlamento Europeu sobre fecundação artificial, de 16 de março de 1989, que:

[...] impõe aos Estados o respeito pelo direito da pessoa concebida com recurso às referidas técnicas a conhecer sua origem genética, nos mesmos termos em que um tal direito do adotado fosse tutelado.¹⁷

Vê-se que o interesse da criança gerada por reprodução assistida deve nortear a regulamentação dessa técnica. Como afirma Otavio Luiz Rodrigues Junior, esse interesse é a “indicação reitora de todo o Direito Parental”¹⁸.

Além dos prejuízos resultantes da impossibilidade de conhecimento da ascendência biológica, antes examinados, a reprodução assistida heteróloga, diante do anonimato do doador, gera o grave risco de incesto, como se verá a seguir.

6. OS RISCOS DE INCESTO DIANTE DO ANONIMATO DO DOADOR

A Resolução CFM nº 2.168/2017, em seu item 6, autoriza que um doador produza 2 gerações de crianças de sexos diferentes a cada 1.000.000 de habitantes¹⁹. Levando-se em consideração que, de acordo com o IBGE²⁰, o município de São Paulo possui aproximadamente 12

¹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). *Estudos de direito da bioética*. v. II. Coimbra: Almedina, 2008, p. 73/86.

¹⁶ Conforme NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012., p. 333-358, cit. p. 336-337.

¹⁷ *Ibidem*, p. 337.

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariiedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). *Guarda compartilhada*. São Paulo: Método, 2009. p. 281-296, cit. p. 286.

¹⁹ Resolução CFM nº 2.168/2017, item 6: “Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora”.

²⁰ Informação disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/sao-paulo/panorama>>. Acesso em 18 abr. 2018.

milhões de habitantes e que a Grande São Paulo, 21 milhões²¹, haveria a possibilidade de existirem, respectivamente, 24 e 42 irmãos dentro de tais áreas geográficas, com o risco de se conhecerem, se apaixonarem e praticarem involuntariamente o incesto.

Vê-se, portanto, que a regulamentação trazida pelo Provimento nº 52/2016 sobre a vedação do anonimato, ao exigir que fosse apresentada perante o Ofício de Registro Civil a escritura pública de identificação do doador do gameta utilizado na reprodução assistida, impossibilitava a prática involuntária de incesto. Desse modo, diante do processo de habilitação para o casamento, apareceria a relação de parentesco e o casamento civil não poderia ser celebrado.

Relembremos, aqui, um caso real ocorrido na França, em que também vigora a regra do anonimato do doador²², o que impossibilitou ao casal, tendo sido ambos os cônjuges gerados por reprodução assistida, de saber se seriam ou não irmãos, vivenciando esse dilema, durante anos a fio, na relação conjugal²³.

Em 2009, na França, os pais de Audrey Kermalvezen, uma advogada francesa, revelaram à filha, já casada, que ela fora concebida por reprodução assistida heteróloga, aquela que um casal realiza mediante doação de gameta de um terceiro, ou seja, a procriação de Audrey ocorrera com o espermatozoide de outro homem que não seu pai. Audrey sentiu o mundo abrir aos seus pés. Ela conta que foi tomada de uma raiva intensa contra os pais, por terem escondido a verdade dela por quase trinta anos. A raiva e a indignação que sentia pelos pais só foi atenuada porque, como advogada especialista em Bioética, ela sabia perfeitamente o quanto a medicina e a legislação francesa haviam contribuído para criar e manter aquela mentira na qual ela havia acreditado durante tanto tempo, ao privilegiar o completo sigilo dos procedimentos de reprodução assistida, mantendo o anonimato absoluto dos doadores, com o propósito de encorajar mais e mais pessoas a se tornarem doadores de gametas²⁴.

Contudo, a angústia que se abateu sobre Audrey não se devia exclusivamente à frustração de descobrir que o homem que passara a vida inteira pensando ser seu pai, não era de fato seu pai biológico. Sua situação era mais grave. Audrey casara-se com um homem da mesma idade, nascido na mesma região da França, também concebido por reprodução assistida. Sem poder conhecer as identidades de seus pais biológicos, em razão do anonimato do doador que vigora na França, ela e o marido foram tomados pelo medo de que fossem irmãos, com a mesma ascendência biológica paterna²⁵.

O casal iniciou então uma verdadeira batalha na justiça, que continua se estendendo por anos, para descobrir a identidade de seus respectivos pais biológicos, ou, ao menos, para obterem a confirmação que não são filhos biológicos do mesmo homem. Mas essa informação tem sido negada, porque, argumentam as autoridades francesas, colocaria em risco o anonimato dos doadores.

Afinal, assim como no Brasil segundo sua atual regulamentação, na França a identidade dos doadores somente pode ser revelada aos médicos e por razões de saúde cujo tratamento exija o conhecimento dos dados genéticos.

²¹ Informação disponível em: <<https://www.emplasa.sp.gov.br/RMSP>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²² Vide informações do Senado francês disponíveis em: <<https://www.senat.fr/lc/lc186/lc1860.html>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²³ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso 18 abr. 2018.

²⁴ Sobre a história de Audrey, vide: <<http://www.lefigaro.fr/mon-figaro/2014/05/08/05/0810001-20140508ARTFIG00176-audrey-kermalvezen-je-veux-connaître-mes-origines.php>>. Acesso em 18 abr. 2018.

²⁵ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso em 18 abr. 2018.

No Brasil, Audrey teria melhor sorte sob a égide do Provimento do CNJ de 2016 e ficaria igualmente, como ficou, sem a tutela de seus direitos de conhecer a identidade de seu pai biológico sob a vigência do Provimento do CNJ de 2017.

O sofrimento de inúmeras pessoas na França, que desejam conhecer a sua ascendência biológica, é revelado pela existência da Associação PMAnonyme, que reúne pessoas inconformadas com o anonimato na sua ascendência biológica²⁶.

Além de encamparem a luta pública pela mudança da legislação francesa, essas pessoas, unidas em seu desespero, organizam-se para tentar obter dados com testes genéticos entre supostos irmãos, todos oriundos de reproduções assistidas. Através dessa Associação e desses mesmos testes genéticos que não são regulares, podendo-se imaginar as dificuldades inerentes à sua realização e à conclusão sobre a existência ou não de laços fraternos, Audrey e seu marido, embora ainda esperem a resposta da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre a revelação de sua ascendência biológica, tiveram a sorte de livrar-se da dúvida que os angustiava ao conseguirem identificar alguns meio-irmãos, após muitos anos de aflição²⁷.

O risco de incesto é real não só na França, como também no Brasil que adota o anonimato do doador.

Como bem salienta Ives Gandra da Silva Martins, devemos estar atentos às novas técnicas reprodutivas e genéticas, para que não sejam justificadas por um “admirável mundo novo huxleyano”²⁸.

7. A RECENTE DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL

Em Portugal vigorava o anonimato do doador de gametas na chamada procriação medicamente assistida, reiterado, inclusive, em alteração da legislação do ano de 2016.

Mas o Tribunal Constitucional, por meio do acórdão n. 225/2018, no Processo n.º 95/17, declarou como inconstitucionais as normas legais sobre esse anonimato.

Um grupo de trinta Deputados requereu, com êxito, à Assembleia da República, com fundamento no artigo 281º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a declaração da inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos preceitos da Lei n.º 32 de 26 de julho de 2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – “LPMA”), na redação dada pelas Leis n. 17, de 20 de junho de 2016, e n. 25 de 22 de agosto de 2016, que determinavam o sigilo da identidade do doador²⁹.

Assim, o art. 15, sob a epígrafe “Confidencialidade”, n.ºs 1 e 4, da lei supracitada, determinava o anonimato do doador e a sua revelação somente em circunstâncias excepcionais, foram havidos como inconstitucionais.

Asseguravam esses dispositivos o anonimato a todos os terceiros dadores de material genético com vistas a possibilitar a fecundação da mulher. A regra era, assim, da não revelação

²⁶ Disponível em: <<http://pmanonyme.asso.fr/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁷ Vide: <http://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html>. Acesso 18 abr. 2018.

²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005, p. 57-70.

²⁹ Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html>> Acesso em 28 de abr. de 2018.

da identidade do doador à pessoa que nasce de técnica de reprodução assistida heteróloga, a menos que existissem razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

A inconstitucionalidade foi declarada por violação dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética (artigo 26.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa), do princípio da dignidade da pessoa humana (artigos 1.º e 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição da República Portuguesa), do princípio da igualdade (artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa) e do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa).

Saliente-se o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) quando, antes da declaração de inconstitucionalidade das normas sobre o sigilo dos dados do doador, já alertava para o fato de que:

“... A decisão sobre a utilização de técnicas de Procriação Medicamente Assistida (PMA) deve estar subordinada ao primado do ser humano, princípio fundamental que rejeita a sua instrumentalização, e consagra a dignidade do ser humano e consequente proteção dos seus direitos, em qualquer circunstância, face às aplicações da ciência e das tecnologias médicas (Convenção sobre os Direitos do Homem e Biomedicina). No âmbito da aplicação das técnicas da PMA deve, assim, valorizar-se a condição do ser que irá nascer que, pela natureza e vulnerabilidade é quem é mais carecido de proteção. Devem ainda ser tidos em consideração os direitos do/a filho/a à sua identidade pessoal, ao conhecimento das suas origens parentais, bem como a conhecer eventuais riscos para a sua saúde associados aos processos tecnológicos utilizados na sua geração” [Parecer n.º 87/CNECV/2016]³⁰.

E, para que o foco da proteção não seja exclusivamente dos receptores, mas considere, acima de tudo, aquele conjunto de direitos que constitui o mais importante valor a salvaguardar, e em relação aos quais o Estado tem um particular dever de proteção: os direitos da criança, passou a vigorar o princípio da revelação da identidade do doador do material genético.

Como constou do referido acórdão:

Se o direito a constituir família e a ter filhos é constitucionalmente protegido, também o é o direito a conhecer-se cabalmente a sua identidade – também a genética – e, entre um e outro, deverá ser o primeiro a ceder, e não o contrário...³¹

CONCLUSÃO

Sob a égide do Provimento n.º 52/2016, o Brasil contava com regulamentação do registro civil da pessoa oriunda de reprodução assistida que protegia os direitos do ser humano gerado através dessa técnica.

A obrigatoriedade de arquivamento do nome e das características genéticas do doador de esperma ou da doadora de óvulos consistia em verdadeira concretização dos direitos fundamentais de quem vem ao mundo sem poder interferir no modo de sua concepção, em respeito ao princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, previsto pelo art. 1.º, III, da Constituição brasileira como fundamento da República Federativa do Brasil.

Precisamente pelo fato de que todo ser humano é dotado de dignidade, deve ser vedado o seu rebaixamento a mero instrumento de satisfação do desejo dos adultos que querem ter

³⁰ Idem.

³¹ Ibidem.

filhos. Nenhum sonho pode ser legitimamente satisfeito às custas da negação à uma pessoa do acesso à sua própria identidade.

Destaque-se que com as normas anteriores, o CNJ não impunha ao doador de sêmen ou à doadora de óvulos qualquer ônus de paternidade ou maternidade, exigindo desse indivíduo tão somente a sua identificação como doador que assentiu na alienação gratuita de seus gametas.

Assim, o arquivamento do nome e dos dados genéticos do doador consistia na garantia de que o ser humano assim reproduzido pudesse conhecer a sua origem biológica e ter segurança em relação aos seus dados de ascendência genética, sem que isso implicasse, contudo, em qualquer tipo de laço familiar.

Além disso, enquanto vigorava o Provimento anterior, o risco de incesto era sensivelmente reduzido, protegendo, nesse aspecto essencial, também os direitos fundamentais do indivíduo gerado pela técnica.

Ao revogar todas essas conquistas, o Provimento nº 63/2017 reduziu o ser humano gerado pela técnica de reprodução assistida à mera condição de instrumento para a satisfação dos interesses de adultos.

No entanto, o entendimento manifestado pela Corte Constitucional portuguesa, que entendeu por adotar o princípio da revelação da identidade do doador, mesmo diante de recentes alterações legislativas anteriores que impunham o anonimato, traz a esperança de que as normativas brasileiras também recebam a devida modificação, para a preservação dos maiores interesses envolvidos, que são aqueles das crianças que vêm ao mundo pela reprodução assistida.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **A procriação assistida e o problema da santidade da vida**. Coimbra: Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**, v. 1. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 67,

CAMPOS, Diogo Leite de. A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador. **In ASCENSÃO, José de Oliveira (Org.). Estudos de direito da bioética**, v.II. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Relativismo, valores, direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Lisboa: Coimbra, 2010, p. 144, LI, n. 1 e 2.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017. Disponível em <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 52, DE 14 DE MARÇO DE 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3109> Acesso em 17 set. 2018

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento Nº 63, DE 14 DE NOVEMBRO DE 2017. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em 17 set. 2018.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. São Paulo: YK, 2017.

GHASARIAN, Christian. **Introdução ao estudo do parentesco**. trad. Ana Santos Silva, Lisboa: Terramar, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito à vida no Código civil à luz da Constituição. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MONTEIRO JUNIOR, Antônio Jorge (Org.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Ideias & Letras, São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os Direitos da Personalidade. In MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, FRANCIULLI NETTO, Domingos (Org.). **O novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2005

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O direito ao conhecimento das origens genéticas e suas implicações na inseminação artificial heteróloga: uma análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Guarda compartilhada: discricionariedade, situação jurídico-física do menor, alimentos e modificação do regime de guarda pela alteração do Código Civil. In COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mario Luiz (Org.). **Guarda compartilhada**. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz: Procriação ou reprodução medicamente assistida nas uniões homoafetivas. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, CAMARGO, Theodureto de Almeida (Org.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões**, v. 2. São Paulo: Sarai-va, 2014, p 17-25.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

VALE E REIS, Rafael Luís. **O direito ao conhecimento das origens genéticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Recebido em: 2 maio 2018.

Aceito em: 19 out. 2018.

COMUNICAÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS SOBRE A INSTALAÇÃO DE HIDRELÉTRICAS NO RIO URUGUAI

Mateus de Oliveira Fornasier

Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasil. Professor e Pesquisador nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Líder do grupo de pesquisa “Direitos Humanos, Inovação e Regulação”.
mateus.fornasier@gmail.com

Marcele Scapin Rogerio

Doutoranda em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Advogada.
cele_scapin@yahoo.com.br

RESUMO: O artigo se propõe a observar a construção de hidrelétricas no Rio Uruguai e a questão complexa na sociedade funcionalmente diferenciada em vista das comunicações políticas e jurídicas sobre o impacto socioambiental que possam causar. A hipótese apontada é de que a construção de hidrelétricas pode ser tida como fenômeno complexo, interpretável de maneiras diversas pelos sistemas sociais parciais da sociedade funcionalmente diferenciada – o que implica na necessidade de uma observação a partir de diferenciados pontos de vista. Isso porque cada subsistema social comunicará uma possibilidade diversa ao do outro subsistema, o que caracteriza a contingência na sociedade funcionalmente diferenciada. Como resultados, destaca-se a importância da observação às consequências socioambientais advindas da construção de hidrelétricas, preconizada pelo sistema da política como necessária para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico; mas por outro lado, tanto pelas políticas públicas quanto pelas operações jurídicas, é assegurado o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O método de pesquisa utilizado foi o sistêmico-constructivista, com abordagem monográfica e técnica bibliográfico-documental.

PALAVRAS-CHAVE: Hidrelétricas; dignidade ecológica; risco; autopoiese.

Political and juridical communications on the installation of hydroelectrical power plants on Uruguay river

ABSTRACT: The article proposes to observe the construction of hydroelectric plants in the Uruguai River and the complex issue in the society functionally differentiated in the view of the political and juridical communications about the social and environmental impact that they can cause. The hypothesis pointed out is that building hydroelectric dams is a complex phenomenon, interpretable in different ways by the partial social systems of the functionally differentiated society – which implies the need for an observation from different points of view.

This is because each social subsystem will communicate a different possibility to that of the other subsystem, which characterizes the contingency in the functionally differentiated society. As a result, the importance of observation to the socio-environmental consequences arising from the construction of hydroelectric plants is highlighted, as recommended by the policy system as necessary for the realization of the fundamental right to socioeconomic development; but on the other hand, both by public policies and legal operations, the fundamental right to the ecologically balanced environment is ensured. The research method used was systemic-constructivist, with monographic approach and bibliographical-documentary technique.

KEYWORDS: Hydroelectric plants; ecological dignity; risk; autopoiesis.

INTRODUÇÃO

O presente estudo observa a complexidade da construção de hidrelétricas na Bacia do Rio Uruguai, focando-se nas comunicações políticas e jurídicas atinentes ao caso e sobre o impacto socioambiental que possam causar. O contexto social atual é caracterizado pela hipercomplexidade do mundo e, com as múltiplas transformações observadas neste contexto – as quais ocorrem nas mais variadas esferas (direito, política, economia, ciência, entre outros) –, é preciso observá-las a partir de uma teoria que elucide as relações entre os sistemas e seu entorno e que seja capaz de delimitar o estudo das interações entre a necessidade de energia elétrica e a sua obtenção por intermédio de hidrelétricas, bem como os efeitos ocasionados por esses empreendimentos à biodiversidade e às pessoas atingidas.

Nesse sentido, a teoria que será usada como base neste estudo é a teoria dos sistemas autopoieticos concebida por Niklas Luhmann, uma base teórica da sociedade capaz de analisar as comunicações de cada sistema social não como uma visão totalizante da sociedade, como as demais teorias sociais, mas que propõe uma mudança de forma de observação e que possibilite o estudo sociológico suficiente para o contexto social hipercomplexo. Também serão realizadas considerações acerca da teoria dos sistemas conforme entendida por Gunther Teubner - o qual, apesar de ter a maior parte da sua obra relacionada ao aspecto privado contratual, realiza considerações sociojurídicas gerais, relacionados com a Sociologia do Direito como um todo (e não apenas aspectos contratuais).

Enfrentou-se, assim, no decorrer da pesquisa, o seguinte problema: que impactos socioambientais podem ser identificados com a implementação de políticas públicas relacionadas à ampliação da matriz energética mediante a construção de usinas hidrelétricas na Bacia do Rio Uruguai? Como hipótese, apresenta-se preliminarmente que a construção de hidrelétricas tem sido considerada pelo sistema da política no Brasil como necessária para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico (art. 170, caput, da Constituição Federal de 1988). Ainda, é determinado, tanto pelas políticas públicas quanto pelas operações jurídicas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 225, da Constituição Federal. Ocorre que embora seja permitida a livre atividade econômica com fins lucrativos, é preciso cumprir a legislação ambiental a fim de evitar danos a biodiversidade.

O objetivo geral do trabalho é analisar os modos pelos quais os sistemas da Política e do Direito comunicam acerca dos impactos socioambientais que atingem o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em decorrência da construção de hidrelétricas na Bacia do Rio Uruguai. Isso porque o sistema do Direito estabiliza expectativas normativas contrafáticas na sociedade, estabelecendo a deontologia daquilo que significa um ambiente ecologicamente equilibrado para o desenvolvimento da sociedade, encontrando também formas de tutelá-lo para a sobrevivência da vida no planeta. Assim, tem-se que, por um lado, a abundância de

recursos hídricos existentes no Brasil favorece os investimentos em planejamento, construção e instalação de usinas hidrelétricas; por outro, a construção das barragens para hidrelétricas vem causando muitas polêmicas e discussões, dada a preocupação com os danos gerados pela construção dessas barragens ao meio ambiente natural e à propriedade daqueles que são deslocados dos seus locais de origem a fim de que isto se implemente. Nesse sentido, é necessário o estudo das implicações ambientais e sociais, capazes de identificar as ações que intervêm e modificam o ambiente.

Justifica-se a escolha do caso prático - qual seja, a instalação de hidrelétricas no Rio Uruguai, na região sul do Brasil, pelo fato de que a mídia não tem focado tanta atenção a essa região. Muito se tem debatido em torno da usina de Belo Monte, na região norte do Brasil - temática que, é claro, é de suma importância - mas não se tem discutido outros casos análogos que têm ocorrido no território nacional, associados à política nacional de energia elétrica.

A metodologia utilizada na investigação é sistêmico-construtivista, pelo fato de sua construção teórica ocorrer a partir do ponto de vista de um observador de segunda ordem, o qual realiza a observação de observações - em outras palavras, é pesquisa sociojurídica que observa como os sistemas da Política, do Direito e da Economia realizam suas observações de primeira ordem do entorno e, a partir disso, constrói suas próprias observações verificáveis nos acoplamentos, interações e reflexividade entre tais sistemas comunicativos.

O método de procedimento será o monográfico, visto que o estudo tende a se direcionar a uma temática delimitada e específica, proporcionando maior segurança na elaboração do trabalho. Concomitantemente, será realizada uma visão panorâmica de outras temáticas pertinentes, desde que contribua para elaborar um estudo coeso e forneça sentido ao tema central. Por fim, a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental.

1. HIDRELÉTRICAS NO RIO URUGUAI: CONTEXTUALIZAÇÃO SÓCIO-TEÓRICA

Cumpra-se delinear, preliminarmente, o espaço físico ambiental considerado neste trabalho. Assim, tem-se que a bacia do Rio Uruguai abrange uma área de aproximadamente 384.000 km², dos quais 176.000 km² situam-se no Brasil, equivalente a 2% do território brasileiro. Sua porção brasileira encontra-se na região sul, compreendendo 46.000 km² do Estado de Santa Catarina e 130.000 km² no Estado do Rio Grande do Sul (MELLER, 2009). O rio Uruguai possui 2.200 km de extensão e origina-se da confluência dos rios Pelotas e do Peixe, na divisa dos Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. Delimita a fronteira entre o Brasil e a Argentina após a sua confluência com o rio Peperi-Guaçu e, após receber a afluição do rio Quaraí, que limita o Brasil e o Uruguai, marca a fronteira entre a Argentina e o Uruguai até sua foz. Sua vazão média anual é de 3.600m³/s e volume médio anual de 114 km³de água (PAIM; ORTIZ, 2006).

A extensão territorial que contorna a bacia hidrográfica do rio Uruguai abriga um dos mais importantes corredores de biodiversidade do Cone Sul, inclusive mantém espécies endêmicas ou em vias de extinção. A bacia é refúgio do mais antigo Parque Estadual do Rio Grande do Sul, o Turvo, conhecido por abrigar os últimos exemplares de onça-pintada e anta, ambas ameaçadas de extinção (PAIM; ORTIZ, 2006).

Há grandes projetos hidrelétricos na região em construção e a implantar. As oito usinas hidrelétricas mais importantes existentes na região são a de Garibaldi, Passo Fundo, Itá, Machadinho, Barra Grande, Campos Novos, Monjolinho e Foz do Chapecó – as quais alagaram

parte do território de 50 municípios, que possuem população absoluta em torno de 728 mil habitantes, e dentre elas, aproximadamente, 60 mil pessoas foram atingidas e deslocadas (RUPPENTHAL, 2013).

A bacia do Rio Uruguai possui grande potencial para a geração de energia elétrica e, por essa razão, foi a primeira Bacia Hidrográfica a ter todo o seu potencial inventariado para a geração de energia elétrica (RUPPENTHAL, 2013). Em razão da importância que a região do Rio Uruguai desempenha na produção de energia, bem como pela elevada densidade populacional nas regiões da Bacia e da abundante biodiversidade existente no local, optou-se por aprofundar o estudo relacionando a teoria sistêmica com as barragens construídas no Rio Uruguai.

Dá-se seguimento, porém, a partir da análise teórico-social que se propõe. Nesse sentido, a sociedade moderna na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann passa a ser idealizada como um tipo de sistema autorreferencial, diferenciado funcionalmente do ambiente e fechado operacionalmente (contudo, aberto cognitivamente), que inclui todas as comunicações, e a partir daí ocorre a fragmentação da sociedade em distintos subsistemas (ou sistemas parciais) funcionais que produzem comunicações mais restritivas devido aos códigos binários específicos de cada subsistema. O direito, assim como a política, a economia e a ciência, representa um desses subsistemas que não pode pretender ter qualquer ingerência direta sobre os demais (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 93).

A impossibilidade de um subsistema se sobrepor a outro deriva do modo de cada sistema operar e se autodescrever de acordo com um código próprio, o que impede que um subsistema venha a ter preponderância sobre os demais, porque isso significaria a justaposição de seu código (e de sua autodescrição) ao dos outros subsistemas, o que faria com que eles se corrompessem (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 108). O mesmo autor (2009, p. 176) declara que a função do direito é “a estabilização contrafática de expectativas normativas”, e, para isso, o que importa é a preservação da clausura operacional do sistema jurídico, que permite sua autopoiese a partir da autorreprodução comunicativa que, de acordo com Luhmann, é orientada pelo código binário lícito/não lícito.

Sendo a função do sistema do direito estabilizar as expectativas normativas e de suas prestações de controle de comportamento e de resolução de conflitos aos demais subsistemas sociais, muitas vezes a plena consecução da função do direito é influenciada por especificidades que provêm do desenvolvimento de sua própria estrutura, como também, da estrutura da sociedade em que se encontra. A isso se soma a alta dependência dos subsistemas autopoieticos em relação à história, pois as suas operações se desenvolvem a partir de uma estrutura já existente, que tanto pode reforçar as ingerências exógenas e bloqueadoras da autorreprodução do subsistema jurídico e da consecução de sua função social (que dificultam a capacidade de estabilização de expectativas normativas) como também pode diminuí-las (VILLAS BÔAS FILHO, 2009, p. 355-357).

E é nesse sentido que se faz preciso observar a maneira como cada subsistema se desenvolve nos diferentes contextos comunicacionais da sociedade mundial, de modo que seja possível perceber os fatores que marcam a singularidade de cada subsistema. No caso, é interessante compreender como cada subsistema que baseia sua autopoiese no sentido por meio da comunicação (sistema social) interpreta os acontecimentos, em específico os relacionados à construção de hidrelétricas – e, propriamente, a seguir, como o subsistema do direito comunica este fato por meio dos próprios elementos que o constituem.

A autopoiese, como já sugerido anteriormente, permite que inúmeras possibilidades de observação diferentes sejam vislumbradas, de modo que cada sistema faz referência em suas próprias operações e opera em conformidade com seus códigos e programas, podendo evoluir

de acordo com a irritação que o entorno causar por intermédio da abertura cognitiva que dá acesso ao ambiente. E nessa senda também se sucede uma nova maneira de ver e operar o Direito, que de certo modo é resistente à mudança devido ao fechamento operacional, mas que pode evoluir por intermédio de sua abertura cognitiva ao entorno. O sistema do Direito, para Teubner (1989), se configura como hiperciclo autocalítico de vários elementos que compõe o sistema.

A ideia da autopoiese no subsistema do Direito, quando estruturada sob o fenômeno do “hiperciclo de elementos dinâmicos – processos, atos, normas e teorizações (doutrina)” (FORNASIER, 2013, p. 326), pode superar o normativismo jurídico (fundado no entendimento de que o único elemento fundamental do sistema é a norma). Isto porque é possível considerar as múltiplas reações que ocorrem entre os elementos. Inclusive, quando houver alguma “provocação externa”, é possível que se delineiem novos modos de se compreender a regulação social; referida regulação pode acompanhar a evolução do entorno, de maneira reflexiva, e não somente mediante “imposições dogmáticas”.

O Direito, analisado como sistema autopoietico, é capaz de evoluir por intermédio do aprendizado, o que possibilita a regulação de matérias complexas ocorridas na sociedade. Assim, sempre que o entorno exigir, poderá haver uma reprogramação do sistema e, conseqüentemente, uma nova regulação será comunicada. Muitas vezes a lei estatal é considerada eficiente para regular determinada atividade por um período de tempo futuro de longa duração – porém, como explica Rocha, na pós-modernidade a sociedade passa a ter uma noção de tempo instantânea, bastante rápida, sugerida principalmente pelos meios de comunicação, ao passo que os juristas permanecem no texto redigido em Códigos e Constituições (ROCHA, 2003).

De acordo com o que o autor relata, o que acontece é uma defasagem entre a noção de tempo, pois os juristas pensam as normas para durarem anos mas muitas vezes, devido à rapidez com que as informações surgem na sociedade, as normas não permanecem porque não apresentam conteúdo eficaz para tratar de determinado assunto que está em constante debate e mudanças (ROCHA, 2003). Veja-se o caso das hidrelétricas: são obras que implicam grande contingência (muitas possibilidades) e, conseqüentemente, muitos riscos. Os riscos mais preocupantes são os riscos ambientais (perda da biodiversidade) e os riscos sociais (prejuízos aos atingidos pelas barragens), os quais são de suma importância e que devem ser tratadas pelo Direito, pois geram danos ambientais que podem influenciar diretamente os indivíduos, bem como danos sociais – como prejuízos econômicos, além de danos físicos e psicológicos às pessoas atingidas.

Além da rapidez com que os fatos ocorrem e se transformam no mundo, também é evidente que a sociedade se encontra num processo de urgência de um Direito mundial para além das ordens políticas nacionais ou internacionais, onde até mesmo os setores sociais, como suscita Teubner (2003), são capazes de produzir normas com relativa autonomia diante do Estado-Nação. Portanto, o jurista enfatiza que a teoria jurídica deve se readequar às novas fontes do Direito, de modo a considerar os processos espontâneos de Direito que se formam na sociedade mundial independentes do universo estatal ou interestatal. Rocha (2009) destaca que a globalização é um fenômeno que exige outro tipo de observação do Direito que antes não se tinha; não porque as coisas não existiam, mas sim porque não eram observadas. Por isso, o Direito deve ser observado de modo diferente, não somente normativista. Sob o ponto de vista internacional também é possível a observação diferenciada, pois é importante analisar outros tipos de organizações existentes no exterior, como a ONU, a União Européia e as grandes multinacionais. Assim, há uma observação plural do mundo, como diz Rocha (2009).

As organizações são consideradas uma forma de acoplamento estrutural privilegiada. O Poder Judiciário, o IBAMA e as Agências Nacionais são exemplos de organizações que atuam como instituições produtoras de observações, descrições e tomadas de decisão que valem a diversos sistemas sociais, produzindo sentido específico em cada um deles. As organizações, assim, podem pertencer a vários subsistemas parciais e, nesse sentido:

Essas organizações formais se comunicam enquanto atores coletivos em subsistemas diversos e não respeitam portanto seus limites autopoiéticos. O exemplo mais importante desse tipo de organização é o Estado constitucional que surgiu a partir dos movimentos revolucionários da segunda metade do século 18. Todavia, a importância dada a organização pela matriz sistêmica ainda não se encontra suficientemente difundida na dogmática jurídica por requerer uma verdadeira alteração estrutural e paradigmática. O Sistema do Direito, desta maneira, continua atuando com instrumentos, teorias e matrizes epistemológicas não condizentes com o novo modelo do Estado Ambiental e da Sociedade de Risco, fato que repercute numa profunda dificuldade de tomadas de decisão na solução dos novos e complexos problemas apresentados ao Direito na Sociedade de Risco (ROCHA, 2009, p. 163).

O pesquisador segue a ideia de que há um verdadeiro abismo epistemológico entre questões ecológicas e Teoria do Direito vigente, de modo que o Direito Ambiental representa justamente este paradoxo, de acordo com o qual a comunicação jurídica, ao mesmo tempo em que possibilita a tomada de decisões relacionadas aos problemas referentes à ecologia, também limita de maneira considerável uma proteção ambiental mais eficiente (ROCHA, 2009).

A Ecologização do Direito consiste basicamente num processo dinâmico de autossensibilização e alteração das estruturas dogmáticas do Direito e da Teoria do Direito, as quais têm como fim responder às demandas sociais decorrentes da produção de riscos globais originados da sociedade industrial. Assim, surge uma comunicação sobre o risco ecológico por meio de tratados internacionais; surgem as organizações de proteção ambiental; surgem, como relaciona Rocha (2009, p. 163) “uma principiologia jurídica do Direito reflexivo, a constitucionalização do Direito a um meio ambiente saudável como um Direito humano fundamental”. A autossensibilização é decorrente da própria dinâmica social em que o Direito é concebido de modo autorreferencial, seja em seus Tribunais, sua doutrina, etc.

2. O SISTEMA DO DIREITO E OS RISCOS ECOLÓGICOS

Os direitos fundamentais na teoria dos sistemas servem à ordem social industrial-burocrática como uma das instituições que ajudam a consolidar a natureza da comunicação, com a finalidade de mantê-la completamente aberta à diferenciação (LUHMANN, 2010). Já em relação ao conceito de direitos humanos, Luhmann em suas primeiras obras os desprezou, e somente mais tarde é que passou a considerar que um dos indicadores de um sistema jurídico global é a crescente importância dada às violações aos direitos humanos (LUHMANN, 2004).

Em relação aos direitos fundamentais, o jurista italiano Luigi Ferrajoli (2011) defende que são eles todos os direitos subjetivos inerentes a todos os indivíduos dotados de capacidade de agir. Porém, dependem da previsão normativa de cada local, bem como da previsão expressa de que são universais e inalienáveis. Ele defende que os direitos fundamentais, além de garantirem os interesses e necessidades vitais dos seres humanos, também asseguram qualidade de vida. Na prática, para que os direitos fundamentais sejam amparados, é imperioso que os bens fundamentais a eles vinculados também sejam regulados pelo ordenamento jurídico. Além disso, o autor estabeleceu a questão ambiental como uma das cinco emergências planetárias, visto a importância que representa.

Já no que diz respeito à historiografia dos direitos humanos, pode-se afirmar, de acordo com Araújo (2008), que seu fundamento legitimador é a dignidade da pessoa humana, porque sua razão de ser possui, como essência, todas as pessoas do mundo. Por conseguinte, para que a dignidade possa ser constatada, imprescindível é a verificação de um de seus componentes essenciais, que é a capacidade de exigir que a pessoa seja considerada em si, individualmente, como fonte de pretensões e manifestações, sendo o modo pelo qual é possível de preservar sua individualidade, manifestação decorrente do tratamento digno.

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi consagrada como fundamento máximo, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que previu os princípios de respeito, igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade. Preconizou-se a ideia de universalidade dos direitos humanos que são inerentes a todos e que podem conviver, harmoniosamente, em meio à diversidade cultural, tendo em vista que a universalidade se expressa de variadas formas (ARENDETT, 2006).

Devido ao constante progresso social – com seus avanços científicos e tecnológicos, bem como o aumento populacional – os conhecimentos tecnológicos e científicos foram sendo aperfeiçoados com a finalidade de alcançar o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade da vida humana. Porém, em decorrência da racionalidade dos indivíduos em considerar a natureza como utilidade em busca da efetiva instrumentalização do poder de criação – e destruição – do próprio ser humano, o aprimoramento científico e tecnológico está sendo apontado como uma grande ameaça à sobrevivência e manutenção da espécie humana, bem como de todo ecossistema do Planeta, distinguindo o modelo de sociedade de risco investigado por Ulrich Beck (2001).

A respeito dos riscos que ameaçam e fragilizam a realidade humana, Canotilho (2002) os relaciona como sendo os perigos oriundos da tecnologia moderna; as ameaças provocadas pela civilização planetária; as potencialidades do domínio da tecnologia sobre a natureza e sobre a pessoa e os desafios postos à humanidade em relação a segurança e previsibilidade diante de eventuais desastres provocados pela ciência e pela técnica.

Em vista deste cenário de constantes riscos que se mostra cada vez mais latente na realidade social, muitos pesquisadores estão atentando para a proteção ambiental sob a ótica do direito constitucional, especialmente da teoria dos direitos fundamentais, com o intuito de agregar ao modelo de Estado de Direito uma dimensão ecológica capaz de comprometer-se com a estabilização e prevenção de possíveis riscos socioambientais. Assim tem se manifestado Fensterseifer (2007), o qual alega que o novo modelo de Estado Socioambiental de Direito objetiva conciliar direitos liberais, direitos sociais e direitos ecológicos em um mesmo projeto jurídico-político à sociedade, fazendo o Estado assumir o papel de guardião dos direitos fundamentais em face dos riscos a que está exposto o ser humano.

Em face da possibilidade de riscos ecológicos como proposto acima, que podem influenciar a qualidade de vida humana e animal, o Direito e a teoria dos direitos fundamentais não devem recusar respostas à situação do risco iminente da sociedade. E, a fim de restabelecer o equilíbrio e a segurança nas relações sociais (ou socioambientais) nesse contexto de incertezas e riscos, cumpre ao Direito a missão de insurgir-se contra as novas ameaças que enfraquecem os valores e princípios fundamentais (FENSTERSEIFER, 2007). Sistemicamente, cumpre ao sistema do Direito alterar seus elementos de autorreprodução conforme a irritação que recebe das comunicações acerca da natureza, por exemplo, da ciência.

Muitas Constituições elaboradas após meados do século XX preconizaram o direito ao meio ambiente como sendo fundamental da pessoa humana, admitindo o sentido vital da qualidade ambiental como necessária ao desenvolvimento humano em condições ideais de dignida-

de. Fensterseifer (2007, p. 14) ainda pondera que a ideia de dimensão ecológica da dignidade humana surge da indispensabilidade de se conceber um nível mínimo de qualidade ambiental para uma efetiva vida digna, pois a qualidade ambiental, à “luz da teoria constitucional dos direitos fundamentais, configura-se como elemento constitutivo da dignidade humana, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida”, sendo fundamental ao pleno desenvolvimento humano.

Sabe-se que o ordenamento internacional colaborou na composição das declarações internacionais construídas em convenções sobre proteção ambiental, eventos promovidos em razão da emergente cultura ambientalista e dos valores ecológicos debatidos cada vez com maior frequência no espaço político e jurídico mundo afora. Referido ordenamento é comunicado pelo sistema da política como um preceito a ser seguido pelos países signatários e capaz de irritar o sistema do Direito influenciando nas suas decisões jurídicas. Nesse ínterim, iniciou-se um processo de consciência ecológica e, em 1972, por meio do relatório Meadows, centrado nas pesquisas desenvolvidas desde 1968 pelos membros do Clube de Roma, publicado um estudo intitulado “Limites do Crescimento”, o qual trazia em seu bojo a ideia de crescimento zero em nome da proteção dos meios ecológicos (OST, 1995).

Outro evento memorável aconteceu no ano de 1971, em Founex, na Suíça, onde se analisou a relação intensa e circular entre meio ambiente e desenvolvimento. Em meados de 1972, considerando os acentuados problemas ambientais globais, a Organização das Nações Unidas realizou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, objetivando ressaltar a responsabilidade do ser humano para a preservação do equilíbrio ambiental no planeta (SACHS, 1993).

Na cidade de Cocoyoc (México), em 1974, foi celebrada uma conferência promovida pela ONU reunindo especialistas internacionais para discutir a utilização dos recursos, meio ambiente e estratégias de desenvolvimento. A declaração dela oriunda continha uma mensagem de esperança em relação ao planejamento e à implementação de estratégias ambientais viáveis para a promoção de um desenvolvimento socioeconômico equitativo (SACHS, 1993).

A Conferência de Estocolmo, em razão da constante degradação ao meio ambiente natural desde a metade do século passado – consequência, principalmente, da intensa industrialização e do crescimento populacional –, foi o acontecimento em que se cunhou a terminologia desenvolvimento sustentável. Ela alcançou maior destaque na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO-92), sediada na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992, onde o termo foi utilizado em vários documentos, entre eles na Agenda 21 e na Convenção sobre Diversidade Biológica.

A expressão desenvolvimento sustentável, no entanto, foi mencionada, primeiramente, pela Primeira Ministra da Noruega e Presidente da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Gro Harlem Brundtland, a qual, juntamente com uma comissão, sugeriu que o desenvolvimento econômico sopesasse a questão ambiental. Destas reflexões surgiu, no ano de 1983, o Relatório Brundtland, documento que serviu de referência para os textos criados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992 (VEIGA, 2005).

Embora muitas conferências tenham sido realizadas desde então e diversos documentos tenham sido produzidos com a finalidade de proteção ao meio ambiente, os acima relacionados foram os mais importantes no sentido de motivação para que muitos outros surgissem. A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 225, atribuiu ao direito ao ambiente condição de direito fundamental – formal e materialmente -, conferindo à proteção ambiental um propósito

dos mais importantes delegados ao Estado de Direito do país, além de formalizar como um direito subjetivo do indivíduo e da coletividade.

O direito ao meio ambiente se caracteriza como direito fundamental de terceira geração, como seleciona Bobbio (ou, como outros autores sugerem, de terceira dimensão). O direito de terceira geração (ou dimensão) de viver em um ambiente não poluído é uma meta desejável, mas que nem sempre encontra condições favoráveis para se efetivar. Como refere Bobbio (2004, p. 42) em relação aos direitos sociais “quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente de maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto”; porém, quando se passa à ação, mesmo que o fundamento seja inquestionável, “começam as reservas e oposições”. O problema maior nem sempre é a inexistência de boa vontade dos governantes, mas a impraticabilidade do direito mesmo diante de bons argumentos.

Em complemento à ideia de Bobbio, Rocha afirma que na área do Direito existe um defeito cultural de se pensar que, a partir do momento que se tem uma ideia boa, ela se realiza por si só. O jurista elabora a lei e, após a aprovação da norma, entende que está resolvido o problema em questão. É evidente que se existe uma Constituição que reconhece o direito à educação, à saúde ou à ecologia, há legitimidade para que os agentes sociais atuem nesse sentido, mas é uma questão de promessas: o Direito constitucional é constituído de promessas, pois se promete aquilo que não vai se cumprir no momento, talvez se cumpra no futuro (ROCHA, 2006).

No país, antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, já havia legislação esparsa versando sobre o cuidado e proteção da natureza, o que foi reforçado com o texto constitucional e de seu capítulo dedicado ao meio ambiente. Para Medeiros (2004), toda a matéria relacionada com a proteção do meio ambiente vincula-se ao domínio dos direitos fundamentais. E essa vinculação ocorre não somente pela inserção sistemática do meio ambiente na esfera dos direitos fundamentais, mas também pela garantia, pela promoção e pela efetivação desses direitos promovidos pelo Estado Democrático de Direito.

Rocha (2006, p. 188) salienta que depois da Constituição de 1988 houve o “registro de nascimento da democracia”, momento em que houve uma maior autonomia para os juristas e também uma grande responsabilidade. Foi permitido que o Direito se relacionasse com novos temas, como a bioética e a ecologia, legitimando debates nesse contexto e exigindo para o seu enfrentamento uma perspectiva epistemológica mais sofisticada. Mas mesmo que se assegurem direitos, para concretizá-los é preciso uma observação jurídica baseada numa postura teórica apta a relacioná-los diante da complexidade da sociedade atual. Para que isso ocorra depende de uma nova perspectiva teórica que pode ser dada por uma teoria dos sistemas revisitada por um olhar sistêmico (ROCHA, 2006).

A formação do Direito Ambiental constitui a resposta social e jurídica à proliferação dos riscos e danos ambientais autoproduzidos pela sociedade, fomentando o surgimento de uma comunicação ecológica e seu reflexo no Direito (CARVALHO, 2006). O desenvolvimento histórico e a operacionalidade da sociedade também trazem consequências indesejadas ao meio social: examinando a questão da construção de hidrelétricas, o subsistema da ciência passa a diagnosticar os efeitos das edificações à biodiversidade; o subsistema da economia estimula e fortalece a produção e o consumo, atividades e tecnologias, o que exige mais energia elétrica; o subsistema da política passa a ter de promover espaços de decisão democrática em relação à aceitação ou não dos riscos socioambientais ocasionados pelas barragens; já o Direito deve decidir no que diz respeito a situações que levem em consideração o futuro do

meio ambiente atingido, bem como os direitos das pessoas afetadas pelas barragens (propriedade, saúde, desenvolvimento, cultura, etc.).

O Direito Ambiental está vinculado ao alcance de controle do futuro mediante os Princípios da Equidade Intergeracional, da Prevenção e da Precaução. Ele faz parte da estrutura do paradigma tradicional do sistema jurídico, suas decisões são elaboradas no presente e baseadas nas observações e experiências desenvolvidas no passado. Carvalho argumenta que (2006, p. 51) a jurisprudência, a doutrina e as regras jurídicas consistem, exatamente, em “condensações de experiências decisórias passadas nas estruturas sistêmicas para a instrumentalização de decisões a serem tomadas no presente, com vista a manutenção de um futuro desejado”.

O pesquisador segue ponderando sobre o sistema jurídico na tomada de decisões acerca dos riscos ecológicos:

Os riscos ecológicos devem ser vislumbrados como um meio comunicativo para construir observações acerca do futuro do sistema orgânico/biológico (ambiente extra-comunicacional). O risco é uma forma observacional cujo sentido é decorrente da sua distinção com a ideia de perigo, possibilitando uma comunicação jurídica orientada de forma construtivista e geradora de vínculos com o horizonte do futuro, através de programações. Tal afirmação decorre de uma conclusão muito simples, quer dizer, o futuro depende das decisões (e teorias) jurídicas (dominantes) presentes. Por isso mesmo, o Direito deve levar sempre em consideração as possíveis consequências ecológicas indesejáveis (risco), influenciando a decisão do presente (numa lógica circular). A comunicação do risco orienta uma racionalidade reflexiva que, por sua vez, potencializa o sistema jurídico para tomar decisões acerca da garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A noção de risco, dessa forma, potencializa o Direito Ambiental e sua interação com o sistema econômico (co-evolução), mediante a observação das possíveis consequências ecológicas (abertura ao futuro) emanadas e decorrentes das decisões jurídicas (e econômicas) (CARVALHO, 2006, p. 54).

Há no trecho destacado acima referência de que o Direito deve considerar os riscos ecológicos, mesmo que eles sejam riscos que tragam consequências somente num futuro distante, isto porque as ações sociais e o desenvolvimento econômico capitalista detêm, cada vez mais, a capacidade de gerar situações indesejadas, imprevisíveis e incontroláveis sob a ótica da sustentabilidade ambiental. Os princípios de Direito Ambiental contribuem para a construção de um novo paradigma para a Teoria do Direito, apto a lidar com os riscos globais na busca pela efetividade dos novos direitos, entre eles o Direito Ambiental.

3. DECISÃO JURÍDICA, MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E DIREITOS (DES)RESPEITADOS

O sistema jurídico quando se confronta com problemas que envolvam a existência de riscos (probabilidades/improbabilidades) e não de danos já concretizados, normalmente, evita a sua juridicização. Isso ocorre porque o Direito moderno apresenta maior capacidade para exercer a sua operacionalização por intermédio de programações condicionais, as quais, ao tomarem uma decisão, têm por pressuposto a observação de expectativas compactadas em estruturas passadas – como legislação e jurisprudência (CARVALHO, 2006).

Por essa exposição de Carvalho é possível compreender por que o sistema jurídico muitas vezes despreza o fato de que as hidrelétricas e suas obras decorrentes causam muitos prejuízos ambientais: é pelo fato de que os danos ao meio ambiente são subsequentes à construção, ou seja, a alegação de impacto ambiental causado por uma barragem antes da sua construção não causa tanto efeito porque os prejuízos ainda não estão consumados. Porém, é função do

Direito agir em prol da estabilização de expectativas normativas, pois a mera possibilidade de riscos ambientais já sugere a responsabilização como instrumento jurisdicional, não somente de reparação de danos, mas de investigação, avaliação e gestão de riscos ambientais.

Quanto aos precedentes jurídicos, talvez a hidrelétrica construída na Bacia do Rio Uruguai que mais tenha sido discutida em juízo foi a de Barra Grande, localizada no rio Pelotas. Referida barragem foi muito contestada tanto pelas organizações civis de proteção ao meio ambiente quanto pelos moradores das adjacências da construção. Muitos processos foram ajuizados, os principais inclusive estão citados neste estudo; porém, a maioria deles foi ajuizada após a construção da represa, depois de descobertas as fraudes e omissões nos estudos ambientais imprescindíveis às licenças necessárias ao início das obras. Muitos prejuízos ambientais restaram constatados, dos quais:

A UHE de Barra Grande foi talvez o pior caso, onde pereceram seis mil hectares da Floresta com Araucária, predominantemente primárias ou em estágios avançados e médio desenvolvimento. A licença foi emitida com base em um estudo de impacto ambiental que foi considerado profundamente irregular pela Justiça, MMA e pelo Ibama. Apesar disso, foi emitida a licença de operação, em 5 de julho de 2005, evitando-se assim maior demora na geração elétrica pela usina e risco de interrupção do processo de licenciamento, pelas ações que se somavam na Justiça contra a obra. Nesta visão única de celeridade, nem ao menos se deu tempo para o corte raso de quase a metade da floresta na área de alagamento, tendo como consequência a morte de milhões de árvores submersas quando do fechamento das comportas. Com esta obra, surgiu um dos primeiros casos documentados de desaparecimento na natureza de uma bromélia (*Dyckia distachya*), que foi ignorada do EIA RIMA apesar de constar na Lista da Flora Ameaçada do Brasil (Ibama, 1992) que fazia parte da vegetação reófila, em decorrência de um empreendimento hidrelétrico. A situação levantou as questões ética e jurídica de se decretar o desaparecimento para sempre de espécies de nossa flora e fauna. Como admitir a viabilidade de obras que possam confrontar a Constituição Federal, que garante a proteção contra atos que provoquem a extinção? Tais fatos deveriam receber a atenção devida do Poder Judiciário, de cientistas e pesquisadores em biologia da conservação, e da sociedade em geral (BRACK et al., 2011, p. 01).

Este foi um caso em que não foi possível evitar os desastres ecológicos, em razão do fato de que os estudos ambientais não consideraram as informações verdadeiras de danos causados ao meio ambiente. Lembrando que é a própria concessionária responsável pela construção da hidrelétrica a incumbida de contratar profissionais técnicos “capacitados” para a elaboração dos relatórios, inventários e avaliação ambientais (a capacidade dos profissionais não vai além, muitas vezes, dos interesses econômicos das empresas). Outro impasse indicado por Brack et al. (2011) é a carência ou, até mesmo, a ausência de profissionais de nível técnico adequado trabalhando nos órgãos públicos de proteção ao meio ambiente (IBAMA, secretarias estaduais e municipais), o que dificulta a verificação das informações repassadas tanto em prol como contrários às barragens já projetadas.

Outro caso também conhecido e noticiado foi o projeto de construção da Usina de Pai-Querê, que afetaria os vales encachoeirados do rio Pelotas, provocando a destruição de mais de 100 km de uma malha de rios com corredeiras, transformados nas águas paradas do futuro lago da barragem, com a grande possibilidade de extinção de dezenas de espécies de peixes e outros organismos de águas correntes, além do desaparecimento de quatro mil hectares de florestas com araucária. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) indeferiu o pedido de licença prévia para a construção da Hidrelétrica Pai Querê, no rio Pelotas, na divisa dos estados do Rio Grande do Sul e Santa Catarina. A área afetada pelo projeto da usina possui profundos vales abrigando fragmentos de Mata Atlântica e araucárias, com dezenas de espécies de fauna e flora ameaçadas.

Talvez o caso mais recente de reação popular contrária à construção de hidrelétrica tenha sido o que ocorreu em relação às usinas de Panambi e Garabi. Localizadas no rio Uruguai, o total da população afetada pelas duas barragens seria de, aproximadamente, 12.900 pessoas (3.700 pessoas nas cidades e 9.200 pessoas na área rural) (MAB, 2012). No ano de 2011, o estudo do inventário do trecho binacional do Rio Uruguai apontou que, para erguer a Hidrelétrica de Panambi, na localidade de Alecrim, 60 hectares do Parque Estadual do Turvo, no Município de Derrubadas, seriam afogadas definitivamente (ROGERIO; RODRIGUES, 2014; ROGERIO; RODRIGUES, 2017). Em razão disso, o então diretor do Parque do Turvo encaminhou denúncia ao Ministério Público Federal (MPF) de Santa Rosa-RS, o qual ajuizou ação civil pública, distribuída sob nº 5000135-45.2015.404.7115/RS, onde figuram como réus o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e as Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás, requerendo a suspensão de todos os trabalhos do projeto, que teve liminar aceita pela Justiça Federal de Santa Rosa (ECOAGÊNCIA, 2015; ROGERIO; RODRIGUES, 2017).

A concessão da liminar pela Justiça Federal em Santa Rosa foi mantida em decisão da 4ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) após o ingresso de recurso do Ibama e da Eletrobrás em face da decisão de primeira Instância que determinava interromper o trabalho de licenciamento da barragem, reafirmando a proibição da expedição de licença prévia e a suspensão do processo de licenciamento ambiental para a usina hidrelétrica binacional Panambi (MP, 2015; ROGERIO; RODRIGUES, 2017).

Em vista desta determinação, a Eletrobras definiu, igualmente, a suspensão temporária dos estudos de viabilidade técnica e ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico Garabi, enquanto se aguarda o encaminhamento do processo judicial relacionado ao Aproveitamento Hidrelétrico Panambi, por considerar mais adequado aguardar os desdobramentos jurídicos para que, assim, os dois empreendimentos sigam cronogramas paralelos (ELETROBRAS, 2015; ROGERIO; RODRIGUES, 2017).

Além dos problemas ambientais, se sabe que os problemas sociais (socioambientais) também são inúmeros. Muitos prejuízos acometem as pessoas atingidas pelas construções de barragens, entre eles danos financeiros, psicológicos e físicos. A legislação brasileira não ampara essas pessoas atingidas em lei específica, os indivíduos se valem da legislação civil esparsa para garantir a reparação dos efeitos indesejados. Acontece que quem define quem são as pessoas atingidas por uma construção é a própria empresa responsável pelo empreendimento. Ou seja, não é difícil imaginar que muitas não são incluídas no rol de indenizados.

Os danos sociais se constituem em prejuízos não indenizáveis aos atingidos pelas barragens, para os quais não existe lei que determine quem são os atingidos e quais são os seus direitos. Quanto ao dano econômico, os atingidos direta e indiretamente, muitas vezes, são forçados a laborar em atividade econômica diversa à desenvolvida antes da inundação da barragem, o que, poucas vezes, lhes garantem o mesmo rendimento econômico, causando-lhes dificuldades financeiras e até perda do patrimônio financeiro e cultural (ROGERIO; RODRIGUES, 2017).

No que diz respeito ao direito dos atingidos por barragens, existe um padrão vigente de implantação de barragens no país que não observa direitos essenciais das pessoas que sofrem as consequências da construção de grandes barramentos. De acordo com o relatório da Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH, 2010), constataram-se violações aos direitos: à informação e à participação; de ir e vir; à justa negociação e ao tratamento isonômico; à moradia adequada; a um ambiente saudável; e à saúde, entre outros direitos humanos violados (MAB, 2010).

A construção de grandes empreendimentos hidrelétricos induz o deslocamento compulsório da população atingida direta e indiretamente, que deve abandonar as terras onde serão formados o canteiro de obras e o reservatório. No Brasil, 34 mil km² de terras, aproximadamente, foram submersas pelas águas dos reservatórios artificiais. Estima-se que cerca de 80 milhões de indivíduos, no mundo, sofreram consequências, diretas e indiretas, pela construção de barragens. Somente no Brasil, houve deslocamento de 1 milhão de pessoas, sendo que destas, apenas 30% foi, devidamente, indenizada, as demais 700 mil pessoas atingidas não receberam a indenização apropriada ou sequer a auferiram (RUPPENTHAL, 2013).

Como as águas represadas inundam as terras antes habitadas, a construção de hidrelétricas, em muitos casos, representou para a população deslocada a destruição de projetos de vida, visto que a expulsão do imóvel em que habitavam não apresentava compensações que garantissem a manutenção de suas condições econômicas, sociais e culturais verificadas antes da implantação da barragem (BERMANN, 2001).

Além disso, muitos atingidos se tornam desempregados, pois mesmo quando são reassentados – medida adotada em projetos recentes quando a população deslocada se mostra mais resistente –, parcelas significativas de pessoas se deslocam para os grandes centros urbanos regionais ou nacionais, na ilusão de que as indenizações recebidas possibilitariam o recomeço da vida em situação confortável e semelhante.

A expectativa de emprego ocasionado pela obra gera um fluxo migratório desproporcional à capacidade do município que a sediará, posto que a maior parte da mão de obra é contratada pelas empresas terceirizadas das empreiteiras responsáveis pela obra; então, a população aumenta desordenadamente, ocasionando reflexos no mercado imobiliário, alteração no uso do solo, dos padrões de ordenamento e ocupação do território. Ademais, surgem e se acentuam problemas sociais, como a criminalidade, a prostituição, a favelização, o uso de drogas e o aumento da incidência de doenças infectocontagiosas, parasitárias e sexualmente transmissíveis (RUPPENTHAL, 2013).

Ainda, os serviços de educação, saúde, segurança, transporte, habitação e saneamento básico tornam-se sobrecarregados, e mesmo que haja incremento na infraestrutura em geral, não é o suficiente para suprir o novo fluxo de veículos e a quantidade de migrantes – trabalhadores ou não da obra. No decorrer da construção do canteiro de obras, várias pessoas, na perspectiva de melhora de condições de subsistência, abandonam suas ocupações, principalmente na agricultura, para desenvolver outras atividades que surgem neste período. Porém, quando a obra é concluída e inicia a fase de operação da hidrelétrica, a necessidade de ocupação e capacitação para suprir a demanda de emprego difere do momento da construção, condenando os trabalhadores da obra ao subemprego e ao desemprego de migrantes não capacitados (LAURELLI, 1987).

Não se pode negar que os empreendimentos hidrelétricos visam, pela oferta de energia, elevar a qualidade de vida da população. Contudo, nem sempre são levados em conta os efeitos prejudiciais advindos de sua instalação sendo que, muitas vezes, apresentam-se desconexos com os interesses de uma comunidade e/ou região (VELOSA, 2009). Logo, por conta desse cunho, eminentemente, social, é imprescindível a realização de estudos a respeito das implicações socioambientais e econômicas advindas da implantação desses empreendimentos hidrelétricos (ROCHA; CANTO; PEREIRA, 2005).

Esses estudos pressupõem o controle preventivo dos danos como meio de evitar, ou minimizar, os prejuízos, tanto para o ambiente quanto para a população atingida. É necessário que se atente para os pontos negativos da construção de barragens, pelo que se destacam as comunidades que serão atingidas, onde, na maioria dos casos, a terra representa um patrimônio da

família e da comunidade, com regras de uso e compartilhamento dos recursos, diferentemente da visão do setor elétrico que, a partir da perspectiva do mercado, observa o território como propriedade e, como tal, mercadoria passível de valoração monetária (OLIVEIRA, 2007).

É muito evidente o conflito existente entre os direitos fundamentais relacionados à energia elétrica e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Como já referido neste trabalho, tanto a economia quanto o meio ambiente equilibrado são elementos consagrados como direitos fundamentais. O que acontece é que muitas vezes um desses direitos acaba se sobrepondo ao outro, ou seja, alguma atividade econômica acomete danos à natureza ou o cumprimento das normas ambientais limita a execução de uma atividade econômica.

É importante considerar o sistema econômico, pois dele surgem comunicações que determinam a possibilidade de ter ou não ter recursos. Como as atividades econômicas se orientam pela necessidade de capital, é importante que o Estado interfira na ordem econômica para reprimir o abuso do poder econômico; e para incentivar e fiscalizar determinadas atividades econômicas, de acordo com o art. 174, da Constituição Federal (BRASIL, 2004). O sistema político e o jurídico podem comunicar leis e decisões que estabeleçam o controle da economia, a fim de evitar o sentido de capital e propriedade comunicados pela Economia e controlar o poder econômico.

Muitas vezes o sentido econômico irrita o sistema político em níveis de torná-lo suscetível a alterações em sua estrutura para comunicar leis que incentivem determinadas atividades econômicas economicamente convenientes mas muito prejudiciais a outros sistemas. Porém, como é assegurado o livre exercício dessas atividades (art. 170, parágrafo único, CF), mesmo que na prática as suas consequências irrite os demais subsistemas, a possibilidade comunicada pela Política foi baseada no poder (pois quem detém o poder pode escolher) e, ainda, em algum benefício justificado para uma maioria (ou de uma minoria). Ainda que desvantajoso para algum sistema, aos olhos da política a comunicação se dá de acordo com seu programa, e ainda contempla um direito fundamental. A observação de segunda ordem na teoria dos sistemas é o que permite a análise dessas diferenças muitas vezes incompreensíveis a uma observação limitada de primeira ordem.

Retomando o exemplo da decisão judicial que suspendeu a expedição de Licença Prévia para a UHE Panambi na cota 130,0m ou em qualquer outra que importe danos diretos ou indiretos ao Parque Estadual do Turvo e suspendeu o processo de licenciamento ambiental para o UHE Panambi na cota de 130 metros, inclusive a realização do EIA/RIMA pelo empreendedor e sua análise por parte do requerido IBAMA e dos órgãos intervenientes, é importante perceber que em casos de conflitos de direitos fundamentais onde o direito ao meio ambiente esteja incluído, as decisões jurídicas estão considerando os prejuízos ambientais em empreendimentos que economicamente são favoráveis. Seguem em destaque alguns trechos da decisão proferida pelo Juiz Federal Rafael Lago Salapata, da 1ª Vara Federal de Santa Rosa:

[...] A tutela jurisdicional pleiteada, portanto, não envolve discussão ideológica nem representa usurpação da atribuição própria do Poder Executivo de escolha discricionária das melhores opções de empreendimentos destinados à geração de energia. Reconhecendo-se, contudo, a força normativa da Constituição Federal, é preciso ressaltar que esse poder de escolha não é ilimitado, encontrando óbices em princípios constitucionais e na própria legislação infraconstitucional. [...] Denota-se, em especial, que no caso vertente o empreendedor pode optar por soluções menos gravosas, tanto no aspecto ambiental quanto social, segundo aponta o Inventário Hidrelétrico promovido por ele próprio (como demonstram os autores, caso o empreendimento observe uma cota de alagamento de 120,5m – e não 130m – manterá intocada a área do Parque Estadual do Turvo, evitando ainda a realocação da cidade brasileira de Porto Mauá - RS - e da cidade argentina de Alba Posse - Província de Misiones). [...] Assim, infere-se que a situação em exame não retrata dilema insu-

perável a ser enfrentado pelo poder público ou situação de extrema necessidade capaz de justificar, ainda que moralmente, a desconsideração da legislação ambiental. [...] Sublinho, no ponto, que estudos ambientais e processos de licenciamento não podem ser vistos como mera formalidade desimportante de empreendimentos de vulto, a ser superada invariavelmente e a qualquer custo. [...] É a condução séria e coerente desses estudos que legitima o sacrifício ambiental em favor de outros valores ou bens igualmente importantes à sociedade. [...] A área atingida do Parque Estadual do Turvo (este que é uma das Unidades de Conservação mais antigas do estado do Rio Grande do Sul, criado originariamente em 1947, como Reserva Florestal, pelo Decreto Estadual n. 2.312/1947 e transformado, sequencialmente, em Parque Estadual pela Lei Estadual n. 2.440/1954) integra zona núcleo da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica, assim reconhecida pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura), sendo especialmente protegida, justamente, por ser considerada área prioritária de conservação da biodiversidade (JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

Notoriamente, a decisão aponta que a desconsideração ambiental a qualquer custo não é legítima e que os estudos ambientais são formalidades muito importantes no processo de planejamento de construção de qualquer empreendimento. O sacrifício ambiental, como referido no texto, somente é considerável quando os estudos ambientais o legitimam em favor de outros valores ou bens igualmente importantes para os indivíduos. Caso haja demonstração de grave prejuízo ao meio ambiente, certamente a obra não será concluída ou autorizada.

Veja-se que se devidamente justificada, a destruição ao meio ambiente como consequência de alguma atividade econômica ou empreendimento que baseie sua importância em alguma outra necessidade para a sociedade pode ser legítima. A decisão pode não ser a mais justa, mas basta que reste demonstrada a sua importância para a sociedade. A justiça para Luhmann (2004) tem uma compreensão distinta: para ele, a justiça relacionada à igualdade é quando as regras decidem os casos iguais de maneira igual e os casos desiguais de maneira desigual. A decisão sob a ótica sistêmica deve se basear na possibilidade de delimitação do caso específico em relação a outros casos, valendo-se de regras de decisões consideradas justas ao serem selecionadas entre casos iguais e desiguais (FORNASIER, 2014).

Porém, o sistema jurídico deve considerar e dar importância aos princípios da prevenção e precaução ambiental. Esses princípios estão chancelados constitucionalmente e reafirmados por meio da Declaração do Rio de 1992 (SCHONARDIE, 2013). O princípio da prevenção ambiental está associado aos conceitos de desenvolvimento sustentado e equilíbrio ecológico, o que infere uma interação do homem com a natureza e seus recursos ambientais. Este princípio visa à adoção de medidas prioritárias que evitem o nascimento dos riscos de danos ao ambiente, ou seja, refere-se a uma conduta racional diante de um mal que a ciência pode mensurar, que se encontra dentro das certezas científicas (MACHADO, 2006).

O princípio da precaução ambiental deve ser considerado sempre que há perigo de ocorrência de dano grave ou irreversível diante da incerteza científica, tornando-se necessária a adoção de medidas eficazes para impedir a ocorrência de possível lesividade ambiental. A precaução ambiental está associada à ideia do risco não mensurável, isto é, não avaliável, decorrente da incerteza, da ausência de conhecimento científico preciso que afaste a possibilidade de uma avaliação prévia (MACHADO, 2006).

No que diz respeito ao princípio da precaução, deve ser valiosa a sua contribuição para que se forneça coerência às decisões jurídicas relacionadas aos danos advindos da construção de usinas hidrelétricas. Sua observância nos textos legais para a construção de decisões deve ser levada em consideração como importante elemento, como embasamento de regras que sejam evocadas para decisões relacionadas às barragens (FORNASIER, 2014). O princípio da

precaução está expresso na Constituição de 1988, no artigo 225, § 1º, incisos IV e V (BRASIL, 2004).

Infere-se na interpretação desses princípios que todas as atividades econômicas que sejam efetiva ou potencialmente destrutivas ao ambiente, cujos graus de degradação e formas de controle de impactos negativos sejam conhecidos e realizáveis, orientam-se pelo princípio da prevenção ambiental. Por isso há obrigatoriedade de projetos e planos de recuperação de áreas degradadas pela construção de hidrelétrica, por exemplo. Diante da incerteza científica ou do desconhecimento específico sobre a extensão e grau da degradação ambiental, bem como das medidas mais adequadamente cabíveis, deve-se observar o princípio da precaução ambiental, o que sugere a abstenção momentânea da atividade até se atingir um certo nível de segurança, ou a implementação da atividade com todos os seus possíveis perigos e riscos. Exemplo disso é a decisão que suspendeu a continuidade dos estudos ambientais da usina de Panambi.

4. COMUNICAÇÕES NA SOCIEDADE FUNCIONALMENTE DIFERENCIADA: DEMANDA DE ENERGIA E IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS

A construção de hidrelétricas tem sido considerada, por um lado pelo sistema da política no Brasil, necessária para a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento sócioeconômico, art. 170, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 2004). E por outro, é preconizado, tanto pelas políticas públicas quanto pelas operações jurídicas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 225, Constituição Federal (BRASIL, 2004). Ainda, apesar de se encontrar neste fenômeno alguns dos requisitos do art. 5, inciso XIV, da CF (necessidade, ou utilidade pública ou interesse social), para muitas pessoas prejudicadas por estas construções, os requisitos da indenização prévia, justa e em dinheiro, fixados pelo mesmo dispositivo constitucional, não estão sendo observados (BRASIL, 2004).

Quando uma empresa quer construir uma barragem, ela vai procurar dados, entre eles os estudos do potencial energético. Definido o local de construção da obra, o passo seguinte é fazer estudos e levantamentos técnicos, além do levantamento socioeconômico do local. Estes estudos são feitos ou contratados pela própria empresa interessada na construção da barragem e serão utilizados posteriormente no processo licitatório, na elaboração dos EIAs/RIMAs (MAB, 2004, p. 02).

Na prática o que acontece é que a mesma empresa interessada na construção da barragem faz o levantamento, por exemplo, de quantas famílias serão atingidas. Outro problema é que a empresa define os conceitos que baseiam o levantamento. Isso define o número de atingidos e estes conceitos variam de empresa para empresa conforme seu interesse. No processo de licitação, estes dados tornam-se legalizados e as empresas passam a ter responsabilidades frente ao governo federal, ANEEL e ao judiciário baseados nestes dados. Assim, os atingidos não cadastrados passam a ser considerados como “ilegais”. No processo indenizatório, as famílias reconhecidas pelas empresas são oferecidas tradicionalmente três opções: Carta de crédito, indenização em dinheiro ou reassentamento em grandes áreas (aqui se refere a um público que essencialmente tem suas atividades relacionadas com a agricultura) (MAB, 2004, p. 03).

Em relação aos atingidos pelas barragens, não há critérios precisos prefixados nas comunicações políticas que versam sobre a construção de hidrelétricas no rio Uruguai, o que faz com que alguns deslocados sejam indenizados e outros não, de forma a atender muito mais os interesses econômicos e políticos (arcar com indenizações o mínimo possível).

Atualmente está em tramitação Projeto de Lei na Câmara dos Deputados que dispõe sobre a proteção dos direitos dos atingidos por barragens. Existem três Projetos de Lei que versam sobre o assunto, todos apensados ao PL 1486/2007 que dispõe sobre a obrigatoriedade da assistência social às populações de áreas inundadas e dá outras providências. Os demais são os PL 6091/2013 (sobre indenização devida aos proprietários de terras a serem inundadas para a construção de usinas hidrelétricas, e dá outras providências); o PL 29/2015 (Institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens – PNAB, e dá outras providências). O Projeto de Lei 1486/2007 está aguardando constituição de Comissão Temporária pela Mesa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Assim se estabelecem os conflitos entre os que defendem o meio ambiente e os atingidos por barragens em face dos que praticam atividades destrutivas à eles: sempre há tensão entre ambientalistas e poluidores/destruidores. Os ambientalistas advertem os poluidores/destruidores que negam a pretensão dos ambientalistas. E assim o consenso não se perfectibiliza, pois sempre haverá divergência e o risco das possibilidades que se apresentam passa a ser um problema universal.

A economia pode produzir irritações no setor elétrico, estimulando o uso de determinada fonte energética para produzir energia. E também a política pode irritar o desenvolvimento da fonte energética estimulada pela economia, instigando investimentos em outras fontes disponíveis. O Direito pode justificar a proibição de alguma fonte de energia baseada nos direitos humanos ou na precaução ambiental. E assim a sociedade funcionalmente diferenciada segue se comunicando, cada subsistema com suas diferenças.

Desse modo, sem defender fundamentalismos na seara da tutela ambiental, como acontece algumas vezes no âmbito da política ambiental, com posicionamentos incompatíveis com a complexidade dos problemas enfrentados contemporaneamente, mormente quando se objetiva compatibilizar a tutela dos direitos sociais, econômicos e dos direitos ambientais, também na aplicação do mínimo existencial ecológico, há que se operar com ponderação dos interesses em jogo, sempre à luz do caso concreto, contemplando o princípio da proporcionalidade. Diante disso, destaca-se que a balança deve sempre inclinar-se em favor do mínimo existencial ecológico e da proteção ambiental quando a ação degradadora combatida comprometa ou coloque em risco o âmbito de proteção da dignidade humana, tendo sempre em conta uma preocupação especial com o comprometimento das existências humanas futuras, conforme dispõe a norma constitucional (FENSTERSEIFER, 2007).

A espécie humana não é eterna. José Eli Lopes da Veiga alerta que o Sol vai acabar e se o ser humano não tiver mudado da Terra e colonizado outros planetas vai desaparecer. E antes que acabe o Sol, em um prazo de bilhões de anos, qualquer noção que se tenha da teoria da evolução da raça humana não será suficiente para mantê-los vivos. O texto “A vingança de Gaia”, de James Lovelock, refere que dependendo do que os indivíduos fizerem com o planeta, vão abreviar esse tempo. O Sol está envelhecendo e esquentando cada vez mais. Apesar das catástrofes naturais (tsunamis, furacões, terremotos, entre outros), o homem também tem contribuído para a antecipação desse fim. É preciso ressaltar que a consciência ecológica está intimamente ligada à preservação do meio ambiente. A importância da preservação dos recursos naturais passou a ser preocupação mundial e nenhum país pode se eximir de sua responsabilidade (SIRVINSKAS, 2009, p. 03-04).

Outra consideração que Bermann (2015) enfatiza é a de que o modo de consumo precisa ser reconsiderado. Se a forma de submissão que caracteriza o país persistir, está claro, para ele, que não existem outras alternativas. Se o Brasil continuar apostando, como está indicado em documentos do governo, isto é, dados oficiais, na expansão dos setores eletro-intensivos, isso

vai requerer mais energia. Segundo dados oficiais, a produção de aço vai mais que duplicar, a produção de ferro-liga vai duplicar, a produção de alumínio vai duplicar, a produção de celulose vai mais que duplicar, a extração e beneficiamento do minério de ferro vai triplicar.

Se a demanda de energia elétrica aumentar, a produção dela também deverá crescer e como a política no setor elétrico prima pela geração hidrelétrica, mais barragens deverão ser construídas para suportar a necessidade. Isso exige do Brasil e do mundo um debate que ainda hoje não está devidamente estabelecido. Se está discutindo o futuro do planeta, as dificuldades com os combustíveis fósseis em função das mudanças climáticas, e essa discussão toda tem pertinência, mas deve ser acompanhada pela questão de fundo que é o tipo de sociedade que a humanidade quer constituir e consolidar para as gerações futuras. Ele ainda alerta que caso se continue no mesmo barco que hoje se está, não tem saída. Não há alternativa sob o ponto de vista ecológico, econômico e ambiental (BERMANN, 2015).

Não que a hidroeletricidade como alternativa de geração no Brasil deva ser entendida como uma restrição absoluta. Não se trata de “demonizar” os empreendimentos hidrelétricos, mas sim de apontar as restrições sociais e ambientais que estão presentes e que devem ser efetivamente consideradas para que a expansão da hidroeletricidade no país seja conduzida de forma socialmente justa e ambientalmente sustentável (BERMANN, 2007).

O ideal é que o desenvolvimento seja econômico inclusivo e sustentável, para que se aumente a qualidade de vida para todos sem que aumente, no mesmo nível, a degradação ao meio ambiente e sem que se comprometam os recursos naturais para as gerações seguintes. Isso pode ser alcançado desde que se mudem os padrões de consumo - mantidos e estimulados pela sociedade atual - para bens que utilizem menos energia, água e outros recursos. Afinal de contas, são sete bilhões de pessoas para consumir em apenas um planeta.

CONCLUSÃO

As usinas hidrelétricas constituem empreendimentos que fomentam o desenvolvimento no país e servem para suportar a demanda cada vez exigente de eletricidade na sociedade. Ocorre que comunicações no sentido de informar que as fontes hídricas proporcionam somente vantagens estão sendo irritadas com comunicações cada vez mais evidentes de que são incontáveis as externalidades ambientais e sociais proporcionadas por elas. Desse modo, esta pesquisa se baseou no conflito manifesto observado nas comunicações dos subsistemas sociais a respeito da fonte energética mais utilizada no Brasil, a hidrelétrica.

A primeira consideração é a constatação da grande contingência das comunicações realizadas acerca da energia hidráulica para suprir e demanda de eletricidade; bem como a verificação de muitos impactos danosos ao meio ambiente e aos indivíduos atingidos pelas barragens ocasionados pela edificação desses grandes empreendimentos. São muitas as informações relacionadas ao tema, em vários sentidos: seja em relação à comunicação política de que é possível o desenvolvimento socioeconômico; seja a comunicação jurídica que condena atividades destrutivas ao meio ambiente ou a comunicação econômica que incentiva a regulação de atividades com fins lucrativos.

São muitos os riscos sobre os quais as diferentes esferas sociais comunicativas alarmam a sociedade em relação à construção de hidrelétricas: possíveis consequências ambientais que refletem danos ao meio ambiente e à qualidade de vida humana (que são intimamente inter-relacionadas); além de danos sociais às pessoas comumente chamadas de “atingidas por barragens”. Contínuas são as preocupações envoltas aos possíveis danos e riscos relacionados às

hidrelétricas que, à primeira vista, são apenas empreendimentos necessários ao desenvolvimento de um país.

Como o consenso entre tantas informações diferentes comunicadas pelos subsistemas é praticamente inviável – já que cada sistema possui um sentido -, a partir da teoria dos sistemas autopoieticos é possível visualizar a complexidade que emerge das questões envolvidas às barragens. Isso porque nas comunicações da sociedade proporcionada pela teoria sistêmica é possível encontrar novas conclusões, diferentes das baseadas na racionalidade própria do indivíduo (teoria da ação social).

Nesta senda, por dispor da maior bacia hidrográfica do mundo e de um potencial hídrico abundante em boa parte do território nacional, a hidreletricidade foi uma opção lógica adotada historicamente pelo Brasil. As características físicas e geográficas do Brasil se mostraram favoráveis à implantação de um parque gerador de energia elétrica de base predominantemente hídrica. Pela importância que a região do Rio Uruguai desempenha na produção de energia, bem como pela elevada densidade populacional nas regiões da Bacia e da abundante biodiversidade existente no local, foi realizada uma análise mais aprofundada sobre as barragens construídas no Rio Uruguai.

Com a construção de hidrelétricas constata-se impasses sociais e ambientais. O funcionamento de hidrelétricas é indispensável ao desenvolvimento da ordem econômica do país, porém em nome do desenvolvimento inúmeras famílias são atingidas e prejudicadas e graves impactos ambientais são promovidos com a morte de rios, da fauna e da flora. Os impactos ambientais para as gerações futuras devem ser confrontados com os custos futuros que essas gerações pagarão pela energia, como, por exemplo, os impactos ambientais irrecuperáveis produzidos pelas consequências oriundas da fonte de energia hídrica.

Sendo assim, o risco envolvendo a construção de hidrelétricas é relacionado com a teoria dos sistemas autopoieticos, uma vez que risco é contingência, contingência é complexidade e complexidade, por sua vez, é o aspecto que cabe ser analisado no estudo em questão. É sob este aspecto que é observada a questão da construção de hidrelétricas, tanto na questão ambiental como na social. Em relação ao meio ambiente, existe legislação abundante mas que nem sempre é considerada sob o prisma de direito fundamental, pois outros interesses, muitas vezes, são apreciados. Já em nível social, existe uma legislação escassa referente à seguridade social das populações atingidas pelo impacto da obra dos barramentos.

Diante dessas diferentes concepções, os sistemas sociais autopoieticos podem observar as comunicações que cada subsistema é capaz de comunicar diante das questões que emergem deste fato, pelo que o sistema do Direito, por meio de seu código e de seus programas, concebe uma comunicação a respeito da necessidade de construção de hidrelétricas; a Política traduz em informação aquilo que é referente às suas estruturas e a Economia, igualmente, traduz aquilo que as hidrelétricas revelam à sociedade.

A energia elétrica é um elemento basilar do desenvolvimento industrial e serve à realização das necessidades básicas dos seres humanos e também dos animais (hospitais veterinários precisam de eletricidade), ou seja, é indispensável ter energia. Contudo, as hidrelétricas acarretam muitos impactos negativos sociais e ambientais. O conflito entre desenvolvimento e entre impactos ambientais e sociais fica sujeito ao sistema jurídico, que deverá se irritar com os impactos ambientais e com os prejuízos sociais à população atingida comunicados e produzir decisões que limitem as atividades econômicas que provoquem danos socioambientais.

Apresentadas as considerações, houve a confirmação da hipótese apontada inicialmente. As hidrelétricas elevam a complexidade social em vista das muitas informações que pode ser

comunicadas sobre elas. Ao mesmo tempo em que se podem haver diversas possibilidades de desenvolvimento socioeconômico, as possibilidades de danos ao meio ambiente e às pessoas atingidas também são incontáveis. Sendo o Direito um sistema social com a função de reduzir a complexidade do entorno por meio da estabilização de expectativas normativas, deve observar a hipercomplexidade que envolve a sociedade e selecionar a decisão mais adequada ao seu programa a fim de dar respostas relacionadas aos riscos e inseguranças desencadeados pelas usinas hidrelétricas.

A questão envolve direitos fundamentais - direito fundamental ao desenvolvimento socioeconômico e direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado -, e por esse motivo a construção de usinas hidrelétricas pode ser observada como fenômeno complexo, compreendido de muitas maneiras pelos subsistemas sociais da sociedade funcionalmente diferenciada, pelo que a observação de segunda ordem é interessante como possibilidade reflexiva de um tema complexo: as comunicações políticas e jurídicas relacionadas à construção de hidrelétricas no Rio Uruguai.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.

BERMANN, Célio. **A crise ética e técnica do setor energético brasileiro**. Instituto Humanitas Unisinos. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/539420-acrise-etica-e-tecnica-do-setor-energetico-brasileiro-entrevista-especial-com-celio-bermann>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BERMANN, Célio. **Energia no Brasil: para quê? para quem? Crise e alternativas para um país sustentável**. São Paulo: Livraria da Física - FASE, 2001.

BERMANN, Célio. Impasses e controvérsias da hidreletricidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, vol. 21, n. 59, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142007000100011&script=sci_arttext>. Acesso em: 09 dez. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRACK, Paulo; AYDOS, Beatriz Barros; REIS, Claudio R. Martins dos; BRACK, Ismael V.; PORCHER, Luis Carlos F.; COSTA, Marcelo Carvalho; GODOY, Marcelo; AUMOND, Marcio; BARRADAS, Paulo. **As hidrelétricas do Rio Uruguai e o confronto a legislação que protege a sociobiodiversidade brasileira**. São Lourenço, Minas Gerais: X Congresso de Ecologia do Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.sebecologia.org.br/xceb/palestrantes/79.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projetos de leis e outras proposições**. PL 1486/2007. 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358267&ord=1>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: da assimilação dos riscos ecológicos pelo Direito à formação de vínculos jurídicos intergeracionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2006. 255 f.

CONSELHO DE DEFESA DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA. **Comissão Especial “Atingidos por Barragens” – Resoluções nºs 26/06, 31/06, 01/07, 02/07, 05/07**. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final_0.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2017.

ECOAGÊNCIA. **O grito dos afogados**. 2015. Disponível em: <<http://www.ecoagencia.com.br/?open=noticias&id=VZISXRFWwJIYHZEWT1WNXJFbKVVVB1TP>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

ELETRÓBRÁS. **Estudos de viabilidade em Panambi estão suspensos por ordem judicial**. 2015. Disponível em: <<http://www.eletrabras.com/>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. A dimensão ecológica da dignidade humana: as projeções normativas do direito (e dever) fundamental ao ambiente no estado socioambiental de direito. **Dissertação** – Mestrado em Instituições de Direito do Estado. Faculdade de Direito – PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, 2007. 320 f.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. **Diálogo ultracíclico transordinal: possível metodologia para a regulação do risco nanotecnológico para o ser humano e o meio ambiente**. São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2013.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. Princípio da precaução e nanotecnologias: uma abordagem sistêmico autopoietica. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba: v. 16, n. 16, p. 95-115, 2014. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/560/401>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. O Diálogo das Fontes e a Teoria dos Sistemas Autopoieticos: A Construção de uma Metodologia de Regulação Jurídica da Complexidade com Fulcro na Ordem Jurídico-Normativa dos Direitos Humanos. In: BEDIN, Gilmar Antonio; ESTENSORO, Fernando; TYBUSCH, Jerônimo. (Org.). **Direitos humanos, política internacional e ecologia política [recurso eletrônico]**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, p. 120-153, 2014.

JUSTIÇA FEDERAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 5000135-45.2015.404.7115/RS**. 2015. Disponível em: <<https://eproc.jfrs.jus.br/>>. Acesso em 11 fev. 2018.

LAURELLI, Elsa. Los Grandes Proyectos: estrategias de desarrollo y transformación del territorio. In: ROFMAN, A. (Coord.) **Los Grandes Proyectos y el Espacio Regional. Presas**

Hidrelétricas y el Sistema Decisional. Cuadernos CEUR 19. Buenos Aires: CEUR, p. 131-55, 1987.

LUHMANN, Niklas. **Law as a social system.** Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. **Los Derechos Fundamentales como Institución.** México: OAK Editorial S.A., 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente: direito e dever fundamental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLER, Cleria Bitencorte. **Navegando pela bacia hidrográfica dos rios Turvo, Santa Rosa e Santo Cristo.** Ijuí: Ed. Unijuí. 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO – ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Mantida suspensão de licenciamento para a usina hidrelétrica binacional em Panambi.** 2015. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/id38334.htm>>. Acesso em: 06 jan. 2018.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS – MAB. **Relatório da Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana 2010.** Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/content/relat-rio-da-comissespecial-do-conselho-defesa-dos-direitos-da-pessoa-humana-2010>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS – MAB. **Ditadura contra as populações atingidas por barragens aumenta a pobreza do povo brasileiro.** Brasília: MAB, p. 1-11, 2004.

OLIVEIRA, Raquel. Desenvolvimento, conflitos sociais e violência no Brasil rural: o caso das usinas hidrelétricas. **Ambiente & Sociedade**, Campinas, v. 10, n. 2, p. 119-135, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Tradução de Joana Chaves. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1995.

PAIM, Elisangela Soldatelli; ORTIZ, Lúcia Schild (coords.) **Hidrelétricas na bacia do rio Uruguai: guia para ONGs e movimentos sociais.** Porto Alegre: Núcleo Amigos da Terra/Brasil, 2006.

ROCHA, Ednaldo Cândido; CANTO, Juliana Lorensi de; PEREIRA, Pollyanna Cardoso. Avaliação de impactos ambientais nos países do Mercosul. **Ambiente & Sociedade**, Campinas, v. 8, n. 2, p. 147-162, jul./dez. 2005.

ROCHA, Leonel Severo. **Uma nova forma para a observação do direito globalizado: policontextualidade jurídica e estado ambiental.** Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre; São Leopoldo, p. 135-165, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Sistema do Direito e Transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese.** Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre, v. 2, p. 181-193, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROGERIO, Marcele Scapin; RODRIGUES, Domingos Benedetti. A construção das barragens de Panambi e Garabi no Rio Uruguai: implicações ambientais, sociais e econômicas. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**. Faculdades Integradas Machado de Assis. Santo Rosa: FEMA, ano 5, n. 2, p. 21-41, jul./dez. 2014.

ROGERIO, Marcele Scapin; RODRIGUES, Domingos Benedetti. Construção das barragens de Panambi e Garabi no Rio Uruguai: implicações para o desenvolvimento entre Brasil e Argentina. In: VIII Simpósio IberoAmericano em Comércio Internacional, Desenvolvimento e Integração Regional. **Anais**. Cerro Largo-RS: Universidade Federal da Fronteira Sul, 2017.

RUPPENTHAL, Eduardo Luís. **Reterritorialização dos atingidos pela barragem Barra Grande**. 2013. 196 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Rural) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2013.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Studio Nobel – Fundação do desenvolvimento administrativo, 1993.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. O Estado Contemporâneo, os Novos Direitos e a Proteção Ambiental. In: **Justicia y Medio Ambiente**. Álvaro Sánchez Bravo (editor). Espanha: Puntorojo libros, p. 91-120, 2013.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Tradução: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução e Prefácio de José Engância Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

VELOSA, João Miguel Nunes Baptista Cima de. **Os efeitos das grandes barragens no desenvolvimento socioeconómico local**. Lisboa: Instituto Superior Técnico, 2009. Disponível em: <https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/395139416786/Tese_1.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Recebido em: 30 maio 2018.

Aceito em: 20 out. 2018.

A PROVA DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SOBRE A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO E AS NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO¹

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Mestranda em Direito pela PUCPR (Bolsista CAPES). Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental do PPGD da PUCPR. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico, Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento. Membro da Comissão de Igualdade Racial da OAB/PR. Advogada.
m.okf@hotmail.com

Marco Antônio César Villatore

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza, revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR). Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do Instituto brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Professor Adjunto III da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Professor do UNINTER. Diretor Cultural e Ex-Diretor Administrativo e Ex-Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado.
prof.villatore@gmail.com

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas formas probatórias quando se trata de matéria de dano moral no processo do trabalho, observando as mudanças realizadas pela reforma trabalhista Lei nº 13.567/2017. Para tanto, estuda-se a doutrina sobre a temática e adentra-se na pesquisa de jurisprudência. Foram realizadas quatro metodologias diferentes para estudar como os tribunais tratam a temática, variando entre quantitativas, qualitativas e por

¹ Artigo desenvolvido com base nos estudos da disciplina: “A atividade econômica do empregador e o Direito da personalidade”. Ministrada pelo Prof. Marco Antônio Cesar Villatore e no Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

amostragem. Em um primeiro momento analisa-se como os tribunais do trabalho de Minas Gerais, Pará e Amapá, Santa Catarina, Piauí e Mato Grosso, em conjunto analisados como um representante de cada região do país, entendem a utilização da gravação como prova do dano moral. Posteriormente se realiza uma pesquisa ampla das decisões do Tribunal Superior do Trabalho e uma pesquisa dos principais precedentes do Supremo Tribunal Federal. Para uma análise alinhada as novas tecnologias, estuda-se no Tribunal Regional do Trabalho do Paraná a possibilidade da utilização da gravação, “*whatsapp*”, “*e-mail*”, “*facebook*” como formas probatórias em matéria de dano extrapatrimonial ou moral. Por fim, por meio desse estudo jurisprudencial, traça-se os obstáculos e discussões quanto a confiabilidade das provas realizadas por meios tecnológicos, e elenca-se possíveis formas de superação.

PALAVRAS-CHAVE: Prova do Dano Moral. Tribunais. Gravação. Novas tecnologias de comunicação. Reforma Trabalhista.

The proof of moral damage in the labor process: the understanding of the courts on the possibility of the use of recording and the new communication technologies

ABSTRACT: The present work by the survey probabilistic matrices for moral process of moral process in the work, observing the changes works by the labor reform Law nº 13.567 / 2017. For this, a doctrine on the subject is studied and it enters in the research of jurisprudence. The four methodologies are different to study how courts deal with the issue, varying between quantitative, qualitative and by sampling. Firstly, we analyze how the labor courts of Minas Gerais, Pará and Amapá, Santa Catarina, Piauí and Mato Grosso, together as a representative of each region of the country, can be understood as an example. The articles of this main question of the Federal Supreme Court. For an analysis aligned as new technologies, it is studied in the Regional Labor Court of Paraná a possibility of using whatsapp, e-mail and facebook as the probabilities of off-balance or moral damage. Finally, through jurisprudential teaching, the trajectory and ways of overcoming.

KEYWORDS: Proof of Moral Damage. Courts. Recording. New communication technologies. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A prova no Dano moral por si só é uma prova complexa de ser realizada, os próprios requisitos desse instituto podem ser diversas vezes maleados em situações determinadas. Com a crescente expansão das demandas sobre a matéria e as alterações trazidas pela reforma trabalhista cabe o estudo de um instituto que muitas vezes é esquecido: a prova. Há um tempo a possibilidade de gravação vem alcançando os tribunais brasileiros e estes vêm se deparando com este paradigma em contraponto a inviolabilidade das ligações telefônicas. Ainda, um novo desafio encontra o Judiciário, as novas tecnologias de comunicação como “*e-mail*”, “*whatsapp*”, “*facebook*”, e junto com todas as possibilidades probatória em formato tecnológico caminham as possibilidades de fraude, algo que não está sendo visto pelos tribunais.

Este estudo se subdivide em cinco tópicos: primeiramente traça os parâmetros da prova em matéria de dano moral no Processo do Trabalho e as inovações da Reforma Trabalhista; Após adentra-se nas pesquisas de jurisprudência sobre a possibilidade de utilização de gravação como prova de dano moral, a primeira pesquisa foi realizada em tribunais das cinco regiões brasileiras: TRT 3 – Minas Gerais, TRT 8 – Pará e Amapá, TRT 12- Santa Catarina, TRT 22 – Piauí e TRT 23 – Mato Grosso; a segunda no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal; e a última tratou da possibilidade da utilização da gravação e

novas tecnologias de comunicação no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Paraná, sendo portanto uma pesquisa mais ampla que converge para o último ponto. No último ponto do estudo pontua-se os obstáculos à validação e confiabilidade das provas realizadas por meios tecnológicos e possíveis formas de superação.

O presente estudo tem por objetivo demonstrar três principais vertentes da prova: a possível ampliação probatória exigível pela reforma trabalhista; a situação atual nos tribunais das gravações como prova e a fragilidade das provas realizadas por meios eletrônicos/virtuais.

1. A PROVA DO DANO MORAL NO PROCESSO DO TRABALHO E AS INOVAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA LEI nº 13.467/2017

Há muito se desenvolve tanto na doutrina civilista como trabalhista a temática do Dano Moral e essencialmente este diferencia-se do dano patrimonial, pois decorre da violação dos direitos da personalidade atingindo então, interesse que não possui relação com expressão econômica, ou seja, em sua expressão mais pura: o dano extrapatrimonial. (DALLEGRAVE NETO, 2007). A maioria dos autores ao conceituar esse dano, realiza dessa forma negativa: o dano moral é o dano que não é patrimonial. (FARIAS, 2015, p. 247; DINIZ, 1998, p. 5; SAVATIER apud SANTINI, 1997, p. 42; RODRIGUES, 2002, p. 30.) Há ainda autores que traçam a diferença entre o Dano moral e o Dano extrapatrimonial, sendo este a lesão a todo o interesse existencial, como um gênero e as espécies seriam o dano moral, estético e existencial. (FARIAS, 2015, p. 247) Cabe a ressalva de que a maioria dos autores compreende a possibilidade de dano moral decorrente de acidente ou doença do trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 326), e a doutrina se divide quanto a possibilidade de dano moral em decorrência de atraso ou ausência de pagamento de verbas (OLIVEIRA, 2011, p. 649) (parte entende ser este um direito exclusivamente material). A indenização possui como objetivo não a restituição ao *status quo ante*, mas sim, pelo dano moral tida como uma compensação. (CASILLO, 1994, p. 84) Nesse trabalho utiliza-se predominantemente a terminologia “dano moral”, pois esta é consagrada pela doutrina e ainda é amplamente utilizada pela jurisprudência, além de ser o termo que se utilizou nas pesquisas jurisprudencial.

Ademais, o Dano Moral, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), é o segundo assunto mais demandado na Justiça do Trabalho (representando 1,64% dos assuntos demandados), ficando atrás apenas de pedidos relacionados a rescisão de trabalho e verbas rescisórias (representando 11, 51%). Originalmente o dano moral no Brasil², mesmo na esfera trabalhista, possuía como fundamento jurídico a prescrição geral da constituição³ e a previsão nos dispositivos do Código Civil⁴ que permite a responsabilidade decorrente da prática do ato ilícito e a necessidade da reparação em decorrência desse dano de forma independente da culpa.

² Sobre o tema consulte: FERRAZ; MIKOS, 2018.

³ O dever de indenizar o empregado pelos danos materiais e morais por ele sofridos em patamar constitucional irá decorrer das seguintes prescrições: 1) A dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 5º, III e IV); 2) Proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, e art.7º, XXX, XXXI e XXXII); 3) Direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem (art. 5º, V); 4) Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação (art.5º,X); 5) Proteção da saúde e da integridade física do trabalhador, assegurando o direito a indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa (art. 7º XXII, XXVIII).

⁴ Conforme disposto no Código Civil, comete ato ilícito aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, aquele que violar ou causar dano a outro, ainda que somente moral (art. 186) e ainda, há a obrigação de reparação independente de culpa em casos específicos de lei ou, quando a atividade normalmente desenvolvida implica risco para os direitos de outro (art. 927, caput, §único).

A CLT permanecia dispondo apenas do dano patrimonial, então, quando diante de um dano moral o jurista deveria observar a legislação civil, uma vez os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho. (MALLET, 2004, p. 1309). Efetivamente a temática da prova no dano moral é pouco tratada e pouco desenvolvida em matéria de Direito do Trabalho.

Primeiramente ressalta-se que a prova é normalmente vista como elemento essencial para a composição da decisão do magistrado, ao seu convencimento e convicção (CHIOVENDA, 2002, p. 109): “é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante os quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. (DINAMARCO, 2010, p.42)

As divergências doutrinárias quanto a prova do dano moral podem ser sintetizadas em três tópicos (VALLER, 1995; PAMPLONA FILHO, 1998): i. É necessário a idêntica atividade probatória utilizada para a prova do dano material; ii. A prova *in re ipsa*, ou seja, o dano moral se prova por si mesmo; iii. A satisfação da prova se dá pelas presunções *hominis* ou presunções realizadas pela atividade de consciência do julgador.

A primeira teoria é descartada por parte da doutrina, ao afirmar que não é possível a exigência de prova direta para o dano moral, pois apenas atestados médicos e depoimentos não podem demonstrar a dor e o sofrimento. (VALLER, 1995, p. 309) A segunda também apresenta posições contrárias, uma vez que não seria admissível as presunções absolutas, sem a possibilidade de apresentação de prova em contrário, pois representariam cerceamento do “direito do réu de tentar produzir prova da inexistência do dano alegado”. (PAMPLONA FILHO, 1998, p.117)

Dessa forma, resta como sobrevivente a possibilidade da presunção *hominis* da livre consciência do julgador de acordo com as provas apresentadas. Neste caso, a parte que afirma o dano moral deverá alegar os indícios para a configuração da presunção e ao réu cabe apresentar elementos que impeçam essa presunção. (PAMPLONA FILHO, 1998, p.117) Além disso, Carlos Alberto Bittar ressalta que há alguns fatos “sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral, que à sensibilidade do juiz logo se evidenciam” (BITTAR, 1993, p.204), é o caso do acidente de trabalho. Em consonância a essa doutrina tem-se a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a qual destaca-se o precedente do trabalhador que sofreu acidente do trabalho na Bunge Fertilizantes, em 1994 (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1060-91.2010.5.02.0255), o qual causou-lhe traumatismo crânio-encefálico com necessidade de reconstrução do pavilhão auditivo.

Na época o relator Mauricio Godinho Delgado, analisou o caso sob três passos para a materialização do dano moral: 1. Fato ou o próprio dano, no caso o acidente, sendo possível a configuração somente em decorrência disto; 2. Nexo causal, que no caso foi evidenciado pelas condições de trabalho e pelo próprio acidente; 3. Culpa empresarial. O relator ressalta que a culpa não deve ser presumida em diversos casos de dano moral, mas “tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida”, uma vez que o empregador tem o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Assim, ressalta-se também, a própria responsabilização objetiva do empregador, modalidade comum na seara trabalhista que inova muito da tradição civilista.

Como se observa, é possível a flexibilização dos critérios rígidos da responsabilidade civil, a depender do caso concreto a que se depara. A Lei nº 13.467/2017, intitulada Reforma Trabalhista, trouxe significativas mudanças para a temática e trouxe expressamente para a CLT disposições sobre o dano moral.⁵ Analisa-se as alterações que efetivamente ensejam também consequências a sistemática probatória.

O art. 223-A estipula que os danos de natureza extrapatrimonial são **apenas** os decorrentes do capítulo “Título II-A – do dano extrapatrimonial”, realizando assim, de antemão, uma restrição à liberdade interpretativa do juiz, da doutrina, das partes, do ministério público etc. Como consequência, a prova estará adstrita as “possibilidades de dano”, e como a legislação restringiu essas possibilidades (apresentando um rol taxativo) a prova estará restrita a esses tópicos.

A diferença de terminologia de “dano moral” e “dano extrapatrimonial” era restrita a debates teóricos, mas que tomou corpo e foi reacendido com a reforma trabalhista Lei nº. 13.467/2017. O legislador pontuou no art. 223-B que o dano extrapatrimonial é compreendido como todo àquele que resultar da ofensa à esfera moral ou existencial. Muitos autores pontuam que o dano moral integra a esfera existencial⁶ do ser humano, e além disso, tal dispositivo permitiria que não se enquadrasse como dano extrapatrimonial o dano estético (a pesar de posteriormente tratar da imagem, uma de suas facetas). (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2018)

Entretanto, a este trabalho posiciona-se no sentido de que a reforma trouxe um avanço para a distinção teórica, não se separa mais em várias categorias como dano moral, estético, existencial e patrimonial, agora há apenas duas: o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial (e este congloba todas as relações não patrimoniais, ou seja, o moral, estético, existencial e etc.).

Ademais, apesar de acrescentar como sujeito a pessoa jurídica (Art. 223-B), não especificou a possibilidade do dano coletivo que possui caráter metaindividual, este está amparado pela CRFB/1988 art. 5º, X; Lei nº 7.347/1985, art. 1º; Lei nº 8.078/1990, art. 6º VI. Além disso, traz expressamente a restrição da reparação/indenização aos “titulares exclusivas do direito à reparação”. Nesse sentido causa dúvidas sobre o possível dano em ricochete, e assim, a comprovação no processo desse dano, possivelmente não será aceita, pois essa modalidade de dano não será aceita.

Os art. 223-C e 223-D trazem especificamente o que pode ser objeto de dano moral, sendo este um rol taxativo se aplicado à risca o disposto no art. 223-A, e trazem a subdivisão dos danos à pessoa física e a pessoa jurídica: a. à pessoa física: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física; a pessoa jurídica: a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência.

No art. 223-E há a disposição de quais atores teriam a responsabilidade pelo dano: “todos que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou omissão”.

O art. 223-F trata da possibilidade da cumulação da reparação por danos extrapatrimoniais os danos patrimoniais quando decorrentes do mesmo ato lesivo. Segundo o §1º há a obrigação do julgador discriminar de forma relacionada as verbas requeridas aos danos. No §2º do

⁵ Sobre a temática consulte: FERRAZ; MIKOS, 2018.

⁶ O dano existencial teve origem no direito italiano, sobre o tema consulte: MARANHÃO, 2015, p. 307-318.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

referido artigo há a previsão da composição dos perdas e danos compreendidas pelos lucros cessantes e os danos emergentes, o que não interfere na avaliação do dano extrapatrimonial.

O artigo que traz maiores discussões é o art.223-G que estipula o que o juiz deverá considerar para avaliar o dano moral, com destaque para os pontos: a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão; a extensão e duração dos efeitos da ofensa; o grau de dolo ou culpa; a retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa; o perdão, tácito ou expresso; a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa.

Assim, seguindo a linha da doutrina o juiz terá um “passo-a-passo” para a valoração do dano moral.

O §1º trata da fase pós- definição do dano moral e sua relativa importância, ele traz em seu escopo a vinculação da natureza da lesão ao último salário contratual do ofendido.

Ofensa de natureza leve será remunerada em até três vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza média será remunerada em até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza grave será remunerado em até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; ofensa de natureza gravíssima até cinquenta vezes o último salário do ofendido.⁷

Segundo o §2º, no caso de ofensa à pessoa jurídica a indenização será fixada nos mesmos parâmetros do §1º, sendo o valor medido em relação ao salário contratual do ofensor. O §3º o juízo poderá elevar em dobro a indenização no caso de reincidência entre partes idêntica.

Ressalta-se por fim, o instituto do ônus da prova. Antes da reforma trabalhista o ônus da prova era atribuído a quem alegava a existência de um fato, ou seja, a prova das alegações incumbe à parte que as faz (CLT, art. 818). Entretanto, devido a dificuldade probatória na seara trabalhista, principalmente devido ao fato de o trabalhador não deter os documentos necessários ou ainda, pela extrema dificuldade de se provar um dano extrapatrimonial (ASSIS, 1997, p. 03-05), os tribunais começaram a reavaliar a distribuição do ônus da prova (FELICIANO, 2008), assim realinhou-se o ônus da prova: o ônus do empregador provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (TST, Súmula 6, VIII) e ônus do empregado a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Com a reforma trabalhista, tal disposição foi transpassada para a letra de lei, incorporando, nos exatos termos o art. 818 da CLT.

Ressalta-se que a Reforma inovou ao prever que em casos específicos (por previsão legal ou pela dificuldade concreta) em que se vislumbra a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir com o ônus da prova, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Efetivamente a alteração mais controversa dispositivo que pode resultar em mudanças significativas para a prova está principalmente no disposto pelo art. 223-G que estipula o que o juiz deverá considerar para avaliar o dano moral, como por exemplo a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a extensão e duração dos efeitos da ofensa e etc. Não vem sendo debatido a quem caberá o ônus de provar todas essas situações, ou ainda, se isto restará apenas à convicção do juiz e sua análise dos fatos ocorridos.

⁷ A Medida provisória nº 808/2017 substituiu as expressões “último salário do ofendido” para “o teto da previdência social”. Entretanto, no momento da elaboração desse artigo ela não encontra-se mais em vigência.

Ademais, como visto, a reforma trabalhista trouxe diversas alterações a temática substanciais a direitos do trabalho, entretanto, **nada inovou quanto a mecanismos e formas de limitar a fragilidade de normas, principalmente quando diversos meios eletrônicos como e-mail, facebook, whatsapp e gravações são utilizados como meio de prova.** Dessa forma, observa-se o contraste formado: amplia-se a normativa relativa ao dano extrapatrimonial e por outro lado, pouco se discute quanto a fragilidade e novas formulações de prova. Uma realidade que vem tomando força há muito tempo o que clama por um debate mais aprofundado e sério.

Ao presente estudo então, realiza-se cinco mapeamentos de jurisprudência: quatro voltados a possibilidade da “gravação” como meio de prova para dano moral, destas duas análises quantitativas e duas qualitativas; A hipótese inicial é de que não há diferenças regionais, sempre são aceitas as gravações como prova de dano moral.

Um mapeamento voltado realizado de forma qualitativa para demonstrar o comportamento dos tribunais diante de provas eletrônicas como e-mail, facebook, whatsapp, mensagens e etc. As metodologias e parâmetros serão demonstrados em cada capítulo.

2. A POSSIBILIDADE DE GRAVAÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS DAS CINCO REGIÕES BRASILEIRAS: TRT 3 – MINAS GERAIS, TRT 8 – PARÁ E AMAPÁ, TRT 12- SANTA CATARINA, TRT 22 – PIAUÍ E TRT 23 – MATO GROSSO

A primeira pesquisa jurisprudencial realizada foi feita com o objetivo de traçar como os tribunais entendem a possibilidade da gravação como meio de prova no dano moral. Nesse extrato da pesquisa buscou-se mapear as cinco regiões do Brasil: SUL no TRT 12 Santa Catarina; Sudeste no TRT 3 Minas Gerais; Centro- Oeste no TRT 23 Mato Grosso; Nordeste TRT 22 Piauí; e Norte TRT8 Pará e Amapá. Não foram escolhidos os estados que mais demandam ações, pois não seria possível realizar a análise regional a que se pretende, uma vez que só no estado de São Paulo foram encontradas 4 mil decisões.

Para tanto, foi pesquisado o termo “gravação” no sítio eletrônico de cada tribunal, o termo necessariamente deveria estar presente na ementa do acórdão e, com o objetivo de mapear as decisões mais recentes e estipular um marco temporal, a pesquisa foi restrita a 01.01.2017 a 23.04.2018, exceto Santa Catarina que buscou-se de 01.01.2013 a 23.04.2018. A hipótese inicial era de que não haveriam diferenças de regionalidades e todos os tribunais aceitariam a gravação como meio de prova para o dano moral. Foram encontrados 52 resultados, distribuídos na seguinte forma: 10 decisões no TRT 12 Santa Catarina; 7 decisões no TRT 3 Minas Gerais; 4 decisões no TRT 23 Mato Grosso; 1 decisão no TRT 22 Piauí; 30 decisões no TRT 8 Pará e Amapá. Ademais, passa-se a análise de cada tribunal.

Por motivos de limitação de espaço todas as decisões selecionadas foram organizadas no Anexo 1.

2.1. TRT 12 Santa Catarina

No TRT 12 de Santa Catarina foram encontradas 10 decisões⁸ sob o marco temporal 01.01.2013 a 23.04.2018, optou-se por ampliar o marco temporal para colher, pois não foram encontradas decisões entre 2017 e 2018. Ressalta-se, ainda assim, que o principal problema de pesquisa foram os poucos resultados. Os resultados foram sintetizados no gráfico 1.

GRÁFICO 1- Gravações Como Prova de Dano Moral TRT 12



FONTE: os autores.

O que se observa dos resultados é que a maioria das decisões (50% - 5 decisões) aceitaram as gravações como prova no dano moral, desde que gravado por um dos interlocutores. Sobre outras temáticas, como gravações realizadas pela empresa ou prova de outro dano encontra-se 40% (4 decisões).

Ressalta-se que uma decisão (10%) aceitou que um terceiro gravasse uma conversa entre o empregador e ele, para comprovar que o empregador estava fornecendo informações depreciativas sobre o autor. (BRASIL, Tribunal Regional da 12ª região. Acórdão nº 00965-2011-013-12-00-4) Tal decisão é paradigmática para o estudo da matéria, pois como será observado, a maioria das decisões não aceita que terceiros realizem a gravação.

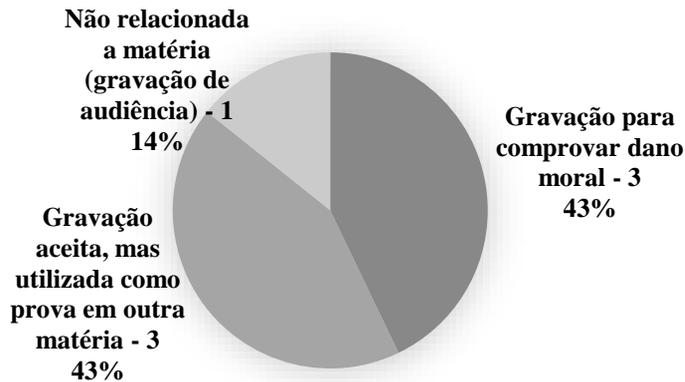
2.2. TRT 3 Minas Gerais

No TRT 3 de Minas Gerais foram encontradas 7 decisões⁹ e ressalta-se o principal problema de pesquisa, novamente, foram os poucos resultados. Os resultados foram sintetizados no gráfico 2.

⁸ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

⁹ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

GRÁFICO 2 - Gravações como prova de dano moral TRT 3



FONTE: os autores

O que se observa é que 43% (3 decisões) das decisões aceitaram as gravações como prova no dano moral, desde que gravado por um dos interlocutores, e não relacionado com a matéria ou voltado a prova de outro direito, tem-se 57% (4 decisões)

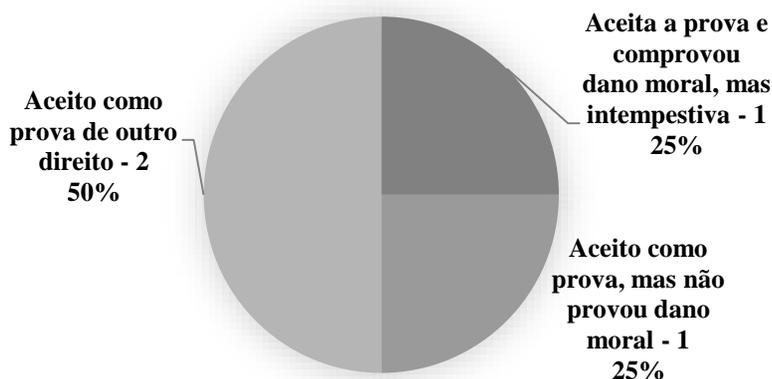
Destaca-se a decisão em que o autor realizou pedido de danos morais por pagamento extra folha (comprovado pela gravação), o qual foi indeferido pelo entendimento do juízo de que dano patrimonial não gera dano moral. (BRASIL, Tribunal Regional da 3ª região. Acórdão nº 0011864-29.2016.5.03.0143)

2.3. TRT 23 Mato Grosso

No TRT 23 do Mato Grosso foram encontradas 4 decisões¹⁰ e ressalta-se o principal problema de pesquisa, novamente, foram os poucos resultados. Os resultados foram sintetizados no gráfico 3.

¹⁰ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

GRÁFICO 3 - Gravações como prova de dano moral TRT 23



FONTE: os autores

Observa-se que todas as gravações foram aceitas como prova, sendo 50% (2 decisões) para outros direitos e 50% (2 decisões) para dano moral. Entretanto, nenhum foi efetiva, pois, 1 foi intempestiva e a outra apesar de aceita, não comprovou o dano.

2.4. TRT 22 Piauí

No TRT 22 do Piauí foi encontrada apenas 1 decisão¹¹ e ressalta-se que aparentemente apenas um resultado deveria ser descartado, entretanto, este se demonstrou paradigmático e optou-se por manter no presente estudo.

Tal decisão foi completamente contra toda a tendência que começou a ser desenvolvida no presente estudo: aceitou-se a gravação como prova de dano moral, entretanto somente pode-se utilizar essa prova se não houver qualquer outra no processo. (BRASIL, Tribunal Regional da 22ª Região. Recurso Ordinário nº 0000490-54.2015.5.22.000).

2.5. TRT 8 Pará e Amapá

No TRT 8 do Pará e Amapá foram encontradas 30 decisões¹², sendo o único tribunal que efetivamente apresentou vários resultados, apresentados no gráfico 4.

¹¹ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

¹² Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

GRÁFICO 4 - Gravações como prova no dano moral
TRT 8



FONTE: os autores

Observa-se que somente 3% (1 decisão) efetivamente aceitou a gravação como prova de dano moral, destaca-se que 27% (8 decisões) aceitaram, mas não foi entendido que comprovou o dano moral. 40% (12 decisões) foram gravações para provar outro direito e 30% (9 decisões) se referiam a outros tipos de gravação.

Da análise realizada observa-se que este tribunal apresenta uma maior inflexibilidade quanto a consideração da gravação como efetiva prova e resultar em dano moral, mas para uma posição objetiva seria necessária a análise caso a caso.

Como exemplo cita-se a decisão em que o empregador desconfiava que os empregados estariam vendo óleo da empresa, e por isso realizou-se uma primeira abordagem e posteriormente foram instaladas câmeras de vigilância devido a tal desconfiança. Não foi considerado como causa de dano moral. (BRASIL, Tribunal Regional da 8ª Região. nº0000960-72.2015.5.08.0004)

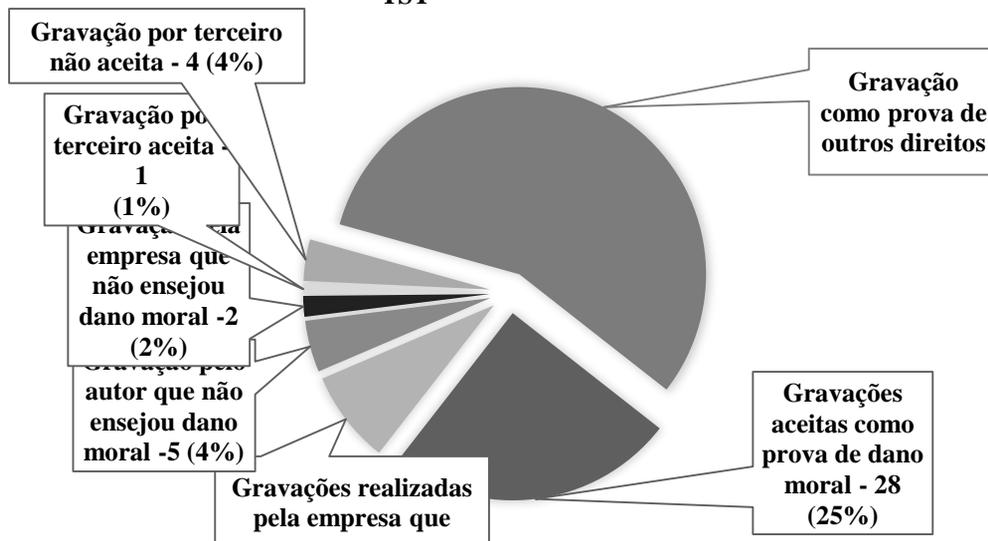
A única gravação aceita como prova de dano moral foi a em que o empregador estava cobrando a execução de várias atividades “utilizando termos vulgares”. Ressalta-se que o valor da condenação foi mantido conforme a decisão de primeiro grau. (BRASIL, Tribunal Regional da 8ª Região. nº 0001785-26.2015.5.08.0130)

Dessa forma, das análises das cinco regiões é possível trazer alguns resultados: i. Gravação realizada por interlocutor é aceita para provar dano moral; ii. Gravação realizada por interlocutor para provar dano patrimonial, geralmente não é aceita; iii. Gravação por terceiro, geralmente não é aceita; iv. Santa Catarina (representante da região sul) tendem a ser mais flexível e condenar a dano moral; v. Estados do norte (Pará e Amapá) tendem a adotar uma posição restritiva a condenação por dano moral. Refutou-se a tese inicial de que não haveriam diferenças de regionalidades.

3. A POSSIBILIDADE DE GRAVAÇÃO: O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A segunda pesquisa de jurisprudência foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho com o termo “gravação”, e com o objetivo de realizar uma pesquisa mais ampla, utilizou-se o marco temporal de 2000 a 2017. Ao todo foram encontradas 112 decisões.¹³ Os resultados estão apresentados no gráfico 5.

GRÁFICO 5- GRAVAÇÕES COMO PROVA DE DANO MORAL - TST



FONTE: os autores.¹⁴

Observa-se que 56% (63 decisões) se tratam de gravações como prova de outros direitos ou de temática não correlata; 25% (28 decisões) foram favoráveis a utilização da gravação como prova de dano moral, 8% (9 decisões) se trata de gravações realizadas pela empresa que ensejaram dano moral¹⁵; 4% (5 decisões) aceitaram a gravação, mas não ensejou dano moral; destaca-se que 4% (4 decisões) não aceitaram gravação realizada por terceiro como prova de dano mora; 2% (2 decisões) trataram de gravação pela empresa que não ensejou dano moral; e apenas 1% (1 decisão) aceitou gravação realizada por terceiro como prova de dano moral.

Uma das decisões que se presta a demonstrar a generalidade dos casos em que há o aceite da gravação como prova de dano moral e a condenação, é a que traz o caso da “lista suja”, ou como intitulado pelo tribunal, “lista negra”. O reclamante gravou a conversa, sendo ele um dos interlocutores, com o intuito de comprovar a prática discriminatória das reclamadas, que disseminavam “informações desabonadoras de ex-empregados que acionam seus ex-patrões na

¹³ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

¹⁴ O sistema percentual adotado arredonda os valores para decimais inteiros, ou seja, sem casas decimais após a vírgula.

¹⁵ Gravação de revista íntima, de banheiros, ou ainda, a utilização pelo empregado de e-mail da empresa para assediado outras empregadas, como é o caso da decisão: BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1461-48.2010.5.10.0003.

Justiça do Trabalho, a chamada ‘lista negra’”. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 60800-64.2005.5.17.0181) A gravação se mostrou um mecanismo eficaz para comprovar o dano moral nessas situações.

Em um segundo momento, observa-se que a gravação realizada por terceiro não interlocutor é geralmente recusada como meio probatório, como se observa do caso paradigma, que consolida diversas decisões e seus fundamentos. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 761175-81.2001.5.12.5555) No caso, o autor acostou aos autos uma gravação do reclamado com terceiro, com o objetivo de provar um pedido de dano moral. O Tribunal Regional da 12ª Região (Santa Catarina) negou provimento ao recurso ordinário, mantendo a sentença de primeiro grau que determinou a ilicitude da gravação de conversa realizada por terceiro não interlocutor. O Tribunal Superior do Trabalho manteve as decisões, por força do Art. 5º, XIII, da CRFB, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, telefones e etc. Ressalta ainda que a jurisprudência do STJ e do STF está consolidada em apenas aceitar gravação como meio de prova, quando um dos interlocutores a tiver realizado.

Destaca-se que a única decisão que deferiu a gravação realizada por terceiro como prova de dano moral (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 16400-26.2009.5.13.0022) foi realizada pelo amigo do reclamante, e foi aceita como prova e ensejou a condenação, dessa forma, trata-se de apenas um caso, pelos critérios e metodologias utilizadas, que aceitou e condenou à responsabilização dessa maneira.

Dessa forma, constata-se a consolidação da jurisprudência sobre a possibilidade de gravação por um dos interlocutores como prova de dano moral e destacou-se as situações excepcionais e que demonstram a ocorrência de gravação por terceiro, sendo o percentual de diferença entre aceitação e negação muito ínfimo.

Com relação ao Supremo Tribunal Federal realizou-se uma pesquisa qualitativa com o objetivo de traçar alguns casos paradigmas sobre a temática, já que como se observa das pesquisas realizadas anteriormente, sempre se cita a jurisprudência consolidada do STF. Destaca-se então, dois precedentes que atuam como norte para as decisões infra, os dois casos escolhidos tratam-se de matéria penal, e apresenta-se o precedente firmado, o qual destaca-se:

O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor, sem o consentimento de outro, isto é, a denominada “gravação telefônica” ou “gravação clandestina”. Entendimento do STF no sentido de licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91613; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 560223.)

Dessa forma, observa-se da pesquisa realizada que já há precedente firmado sobre a questão, ou seja, a possibilidade da utilização de gravação como prova de dano moral, mas que este fato não exauriu a questão, ainda é possível discutir a possibilidade de gravação de terceiro, principalmente diante da pesquisa regional que se realizou anteriormente.

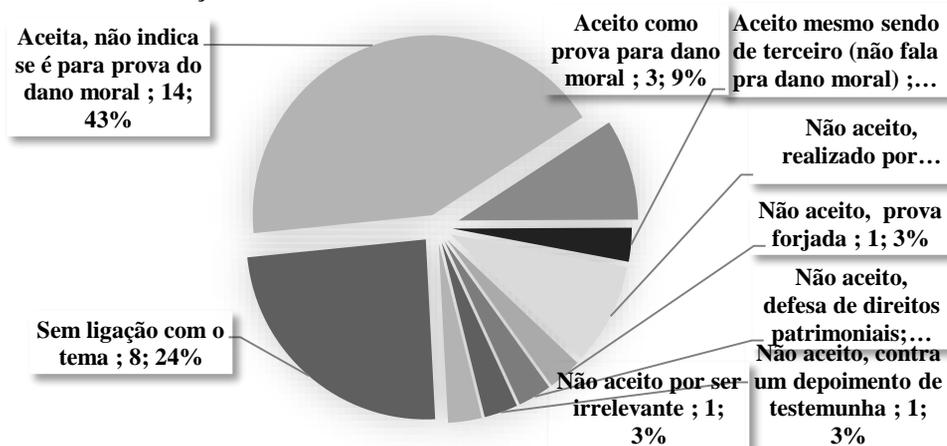
4. A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA GRAVAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO NO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO – PARANÁ

Realizou-se por fim, uma pesquisa no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), a qual utilizou-se duas metodologias diferentes: pesquisa pelo termo “gravação” nas ementas de 2004 a 2016 e a segunda por amostragem, voltada a utilização de novas tecnologias como meio de prova.

Não utilizou-se o referido tribunal na pesquisa por região, pois só era possível, pelo site do referido órgão, o acesso às ementas das decisões, então, não seria possível a verificação das decisões por completo, e também, pois não se encontrou decisões com o referido filtro no ano de 2017 e 2018. Por esse motivo, optou-se por realizar uma pesquisa em separado deste tribunal.

Destaca-se primeiro a pesquisa quantitativa, realizada com a linha temporal de 2004 a 2016, com o termo “gravação” na ementa. Os dois principais problemas encontrados na referida pesquisa foram a disponibilização somente das ementas, o que resultou na dificuldade de saber se a “gravação” se referia ao dano moral; e o fato de o site disponibilizar decisões somente a partir de 2004. Foram encontradas 33 decisões¹⁶ e os resultados foram sintetizados no gráfico 6:

GRÁFICO 6 – GRAVAÇÕES COMO PROVA DE DANO MORAL – TRT9



FONTE: os autores.

Observa-se em um primeiro momento o problema da pesquisa: 43% (14 decisões) das decisões aceitaram as gravações, mas não indica na ementa se era para comprovar dano moral; 24% (8 decisões) não possuíam relação com o tema; 9% (3 decisões) aceitavam a gravação como prova de dano moral (estava explícito na ementa); 9% (3 decisões) não aceitaram por se tratar de gravação realizada por terceiro (segundo então a tendência nacional); 3% (1 decisão) aceita gravação por terceiro, mas não informado sobre o que dizia respeito; 12% (4 decisões) decisões não aceitaram por: ser prova forjada, por se tratar de defesa de direitos patrimoniais, por ir contra o depoimento de uma testemunha e por ser irrelevante ao processo.

¹⁶ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

Destaca-se a decisão em que não se aceitou a gravação realizada por um dos interlocutores, por ter como objetivo comprovar fato de natureza pecuniária, por esse motivo a prova é considerada ilícita com fundamento no art. 5º LVI da CRFB/1988, afirmando-se que se poderia flexibilizar a norma constitucional somente em caso de direito personalíssimo. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 12202-2006-012-09-00-9-ACO-19014-2009)

Merece evidência a decisão em que se negou a gravação realizada por terceiro estranho a lide, devido as circunstâncias do caso concreto, pois em realidade a esposa do reclamante utilizou-se de falsa identidade com o intuito de provocar a situação ora gravada, para dar suporte a ação trabalhista em voga. Por esse motivo a prova foi considerada como ilícita. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 01680-2006-670-09-00-3-ACO-15802-2011)

Dessa forma observou-se uma séria dificuldade quanto a indeterminação do fato a que a prova buscava demonstrar, mas consolidou-se a ideia de gravação por um dos interlocutores como legítima e ainda, da impossibilidade de gravação por terceiro.

Ademais, cabe ressaltar a segunda pesquisa realizada no presente tribunal, a este ponto por amostragem, na qual selecionou-se casos paradigmáticos na questão de produção de provas por meios não tradicionais, ou seja, a utilização de meios eletrônicos, com o objetivo de traçar o entendimento e comportamento do referido tribunal. Para tanto, foram selecionados cinco julgados.¹⁷

O primeiro caso foi julgado em 2005 e na presente situação não foi considerado o “e-mail” como meio fidedigno de prova, sob o argumento de que não há assinaturas, possibilidade de alteração, e a facilidade de cadastramento de dados pessoais sem comprovação, e que a utilização deste representaria apenas um indício e não uma prova. Ressalta-se a historicidade da decisão, em que no momento não havia a facilidade da assinatura eletrônica e os e-mails começavam a ser utilizados como meio de prova e também a atualidade da decisão, pois ressaltava a facilidade de adulteração da referida prova. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 00990-2004-660-09-00-1-ACO-28662-2005)

Atualmente, observa-se que vêm se perdendo esse cuidado com as provas digitais, que são aceitas irrestritamente e sem a exigência de qualquer mecanismo que comprove a sua autenticidade. (GICO JÚNIOR, 2001)

Em contrapartida destaca-se uma das poucas decisões em que se exigiu algum tipo de comprovação da veracidade da prova, foi em 2016, na qual exigiu-se que mensagens do aplicativo “whatsapp” fossem transcritas por meio de ata notarial realizada em cartório, somente assim poderia ser utilizada como prova: “A mera juntada unilateral por uma das partes não serve como prova, haja vista ausência de autenticação da veracidade do seu conteúdo, em face da possível manipulação das informações”. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 09172-2014-872-09-00-2-ACO-29267-2016)

A próxima decisão, a título de exemplo, tratou da possibilidade de o “facebook” servir como prova de dano moral em um processo, no caso em tela, foi aceito como prova, mas por não se tratar de uma conduta relevante, não ensejou na condenação em dano moral. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 04068-2015-651-09-00-5-ACO-07382-2017)

No caso em tela a preposta da empresa convidou colegas de trabalho, fora do horário de trabalho, para participarem de grupo do “facebook”, com conteúdo não relacionado ao trabalho, entendeu-se que decorria de uma relação pessoal e não do trabalho, e somente o convite para participar de um grupo não ensejaria a condenação.

¹⁷ Todas as decisões são apresentadas no Anexo 1.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

O próximo julgado diz respeito à utilização de vídeo como prova de dano moral, no presente processo o reclamante foi amarrado por colegas de trabalho da empresa no vestiário. A turma ressaltou que o fato de que a “própria “vítima” induzia a tanto, pois ria de si própria” não ensejou a diminuição da responsabilidade da empresa. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº 05745-2011-024-09-00-7-ACO-34400-2012)

O último caso trata-se da cumulação da prova por vídeo, mensagem e testemunhal, que juntas corroboraram para a condenação em dano moral. No caso em tela, a autora trabalhava com outro empregado que a assediava, mandando mensagens “com textos bastantes fortes sob o ponto de vista sexual” e ainda, a testemunha confirmou as gravações da empresa: “imagens do sistema de monitoramento, onde aparece o Sr. Ayrton tentando beijar a autora a força”. (BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. Processo nº40096-2009-010-09-00-3-ACO-07946-2014)

Dessa forma, dessa análise qualitativa observa-se que: i. Anteriormente ainda tentava-se exigir que provas produzidas por meio eletrônico fossem confirmadas por meios oficiais; ii. A tendência atual é que tal exigência se consolida em raras exceções; iii. Há a possibilidade da utilização também do “facebook” como meio de prova, mas deve-se atentar a realização de dano efetivo, ou seja, não é qualquer ato virtual que ensejará em dano; iv. Consolidada a utilização de vídeo como prova de dano moral; v. A melhor forma de garantir a composição probatória é atribuir diversos meios de prova, como gravações, testemunha, documentos e etc.

A próxima análise será direcionada aos problemas que as provas realizadas por meios tecnológicos podem trazer para composição probatória de um processo.

5. OBSTÁCULOS À VALIDAÇÃO E CONFIABILIDADE DAS PROVAS REALIZADAS POR MEIOS TECNOLÓGICOS E POSSÍVEIS FORMAS DE SUPERAÇÃO

Cabe a este momento destacar pontos de fragilidade da prova nas pesquisas aqui demonstradas e também nas observações por parte da doutrina da referida temática. Observa-se que **em nenhum julgado da pesquisa nas cinco regiões e do tribunal superior do trabalho foram observadas quaisquer requisições ou métodos para atestar a veracidade das gravações**. Na pesquisa realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região somente foi encontrado aqueles dois casos paradigmas, um que recusou a utilização de e-mail por não ser uma prova fidedigna, tal recusa pode ter sido justificada pela data do acórdão (2005), e o outro caso de 2016 exigiu a utilização de ata notarial para atestar a veracidade de prova produzida pelo “whatsapp”.

Observou-se que a ampla maioria das decisões aceita a gravação por um dos interlocutores como prova de dano moral e alguns tribunais possuem esparsas decisões sobre a possibilidade de terceiro efetuar a gravação, mesmo com alguns precedentes nos tribunais superiores contrários. Cresce ainda, como visto no TRT9ª região, as possibilidades de utilização de novas tecnologias como meio de prova no processo do trabalho e em especial, como prova de dano moral.

Entretanto, o crescimento das possibilidades tecnológicas probatórias não vem acompanhado de formas de verificar a autenticidade delas. A fragilidade da prova está exatamente em não se realizar o procedimento de verificação dessas provas.

A utilização de novas tecnologias como forma probatória está adstrita a realidade da vivência das novas formas de comunicação, um resultado da própria globalização e ampliação da utilização dos meios tecnológicos. Segundo Diana Carolina Valencia Tello a era da globalização¹⁸ possui cinco aspectos fundamentais: i. fortalecimento do mercado e enfraquecimento dos Estados; ii. Como os avanços técnicos e científicos contribuíram para o fortalecimento do capitalismo; iii. Aumento da comunicação e interdependência entre as pessoas, sociedade e o mundo; iv. Criação de redes autônomas e independentes que aumentam as comunicações entre indivíduos pertencentes a essas redes; v. Aumento do risco de produção de danos irreparáveis ou muito onerosos. (TELLO, 2015, p. 20-21)

Denota-se que a presente pesquisa trata-se diretamente dos meios de comunicação, a criação de redes autônomas entre os indivíduos, e a possibilidade de ampliar os riscos de danos, principalmente pela falsa ideia de anonimato e ausência de responsabilização nas redes sociais. (SILVEIRA, 2009)

Segundo a pesquisa realizada pela Digital Future in Focus em 2015 sobre a realidade brasileira, os usuários da internet móvel cresceram 7% no Brasil do segundo semestre de 2014 ao primeiro semestre de 2015, alcançando o patamar de correspondendo a quase 39 milhões usuários. O facebook alcançou 78% do total de usuários únicos no Brasil, possuindo mais de 58 milhões de visitantes únicos mensais. Ainda, o Brasil é líder global em relação ao tempo gasto em cada visita a redes sociais (em média 21,2 minutos por visita), o tempo gasto é 60% maior do que a média mundial, alcançam uma média mensal de 9.7 horas por visitante, 650 horas nas redes sociais por mês, 290 horas a mais do que em outros portais. (DIGITAL FUTURE IN FOCUS BRAZIL, 2015)

O que ocorre é a vivência no ciberespaço, que não busca somente tornar a vida mais fácil e sim, “diferente, ou, quem sabe, melhor, criando meios de interação que não eram possíveis antes”. (LESSIG, 2006, p. 83) Existe uma diferenciação entre as interações no mundo real e nos espaços virtuais, nesses últimos o código é a lei¹⁹

Desde o surgimento do ciberespaço até a atualidade tem-se a ideia de que o “espaço cibernético” não pode ser regulado, e há várias afirmações de que sua eventual “natureza” não permitiria regulações e uma possível governabilidade,²⁰ entretanto há uma dificuldade maior, mas é possível a sua regulamentação.²¹

Observa-se que a tendência do anonimato vem se transformando, a tendência atual é um padrão de identificação dos usuários e o etiquetamento dos conteúdos, uma vez que as tecnologias ligadas a comportamento online, como identidade de usuários, algoritmos de personalização, tem alcançado uma evolução constante. (LESSIG, 2006, p. 38)

Dessa forma, responsabilizações por atos realizados na internet são recorrentes e crescem a cada dia, e inclusive, como demonstrado, a utilização desses meios como mecanismos de

¹⁸ Alguns autores intitulam esse período como pós-modernidade. BAUMAN, 2001.

¹⁹ Código entendido aqui como código fonte, que descreve a linguagem de programação. LESSIG, 2006, p.89.

²⁰ Como foi referenciado na “Declaração de Independência do Ciberespaço”, publicada por John Perry Barlow, fundador da Electronic Frontier Foundation: “Vocês [os governos] não possuem nenhum direito moral de nos governar, nem possuem quaisquer métodos de coerção que teríamos razão de temer. [...] Essa governança vai surgir de acordo com as condições do nosso mundo, e não do seu. Nosso mundo é diferente”. BARLOW, 1996, tradução nossa.

²¹ Dez anos depois, Barlow esclareceu: “Eu quis explicar o estado natural da liberdade da internet, ou, ao menos, a improbabilidade de que as interações humanas que ocorreriam nesse novo espaço social fossem um dia se tornar inteiramente obedientes à soberania dos governos existentes. [...] Minha crença nos benefícios de dar voz a toda humanidade não levou em conta o que aconteceria se você desse a um bilhão de pessoas o seu próprio palanque e sua esquina de rua. Todos estão falando e ninguém está ouvindo. É como poesia. Muitos escrevem e poucos leem.” BARLOW, 1996, tradução nossa.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

prova. O processo e o judiciário está sendo tomado pelas novas tecnologias de comunicação em todas as suas particularidades e possibilidades.

Ressalta-se então, nesse momento, a necessidade de incorporar mecanismos de fiscalização e verificação da autenticidade probatória. A realidade demonstra que da forma como as provas são acostadas ao processo: áudios são anexados por CD'S (mais atualmente utiliza-se pendrive em alguns juízos); conversas ou situações vislumbradas por e-mail, "whatsapp", "facebook" ou outros mecanismos são apenas capturadas e anexadas as petições; **sem qualquer verificação de veracidade.**

Ressalta-se algumas técnicas que podem ser utilizadas para maquiagem ou fraldar provas: i. a nível básico²² as conversas e áudios podem ser alteradas por simples edição de foto ou de áudio, inclusive por aplicativos de celulares (COSTA, 2015); iii. Há diversos tutoriais disponíveis ao primeiro clique no google que ensinam a "forjar um e-mail" (WIKIHOW, 2018), ou criar conversas falsas no facebook (RIBEIRO,2013) ii. O aplicativo "whatsapp" já permite duas modalidades para apagar alguma fala em uma conversa: uma opção é direcionada somente ao usuário e a outra deixa o rastro, para todos da conversa, de "mensagem apagada". (CABRAL, 2018) Considerando que as provas são acostadas aos processos pelo próprio usuário e que a empresa até o presente momento não entrega os dados de histórico de conversa²³, há uma imensa brecha na autenticidade probatória; iii. A utilização de aplicativos que simulam conversas completamente falsas como "Whatsfake".²⁴

Ainda, é possível a realização da falsificação por profissionais: iv. Dois engenheiros da computação, Jaime Sánchez e Pablo San Emeterio, especializados em segurança cibernética, conseguiram quebrar o código do WhatsApp modificando o remetente de uma mensagem, simulando que uma pessoa encaminhava mensagens para outra.²⁵ v. Um grupo de pesquisadores suíços da École Polytechnique Fédérale de Lausanne encontraram uma série de falhas na criptografia do Whatsapp, e conseguiram incluir pessoas em grupos sem que o administrador autorizasse e assim, coletando todas as informações. (GARIMELLA; TYSON, 2018).

Dessa forma, demonstra-se há inúmeras formas de falsificação dos meios digitais que usualmente são utilizados como prova em processos judiciais. Ainda, demonstrou-se que em ínfimas situações utilizou-se de recursos para comprovar a autenticidade, como a biometria que identifica padrões de voz, exame de retina, impressões digitais e etc.(LEAL, 2007, p.159); a assinatura digital²⁶, que segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza é a única forma de se admitir como meio de prova um e-mail (SOUZA, 2009, p.83); a própria "computação forense"²⁷, seriam os peritos técnicos para averiguar a veracidade de um documento ou prova digital e o recurso utilizado foi a ata notarial.

A ata notarial está primeiramente disposta no art. 384 do CPC que permite que seja atestado em cartório e lavrada uma certidão sobre determinado áudio ou imagem, entretanto, é uma

²² Textos, imagens ou sons, são facilmente modificados pelos próprios programas de computador que os produziram, ou ainda, por programas que permitem a sua edição "byte por byte". LEAL, 2007, p.155.

²³ A empresa afirma que absolutamente ninguém (nem ela mesma) consegue acessar o conteúdo dos usuários e para disponibilizar tal conteúdo ela teria que alterar todo o seu sistema de criptografia. GAZETA DO POVO, 2017.

²⁴ O próprio site do aplicativo utiliza o slogan "Crie conversas falsas" e "Com o WhatsFake você rapidamente simula conversas bem realistas e envia a todos os seus amigos". WHATSFAKE, s.d.

²⁵ Ressalta-se que os dois profissionais conseguiram encontrar diversas formas de infiltrar na segurança do aplicativo: espionaram conversas, decifraram senhas e códigos pessoais, fabricaram mensagens. Todas essas foram solucionadas pela empresa, exceto a mais recente apresentada: a modificação de remetente. GOSÁLVEZ, 2014.

²⁶ A medida provisória 2.200-2/01 que instituiu uma Infraestrutura de Chaves Públicas para o Brasil, buscou ampliar a utilização da assinatura digital. (BRASIL, Medida Provisória nº 2.200-2/ 2001.)

²⁷ "A computação forense consiste no uso de métodos científicos na preservação, coleta, validação, identificação, análise, interpretação, documentação e apresentação de evidências digitais". (PINHEIRO, 2009, p.171)

faculdade e não uma obrigatoriedade, sendo possível pelo art. 225 do CC que tais provas sejam acostadas aos autos sem necessariamente passar pela lavratura em cartório: “fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”.

Dessa forma, observa-se que a fragilidade das provas digitais é inerente a elas, e os tribunais não vêm acompanhando a evolução dessas tecnologias, não sendo exigido a comprovação da veracidade. Mesmo no caso de impugnação da referida prova, não são utilizados os meios existentes e possível para a verificação. As possíveis formas de superação da fragilidade da referida prova estão em um primeiro momento a exigência de que a referida prova esteja certificada por um cartório; em um segundo momento, esses cartórios devem estar habilitados para detectar efetivamente a veracidade delas; e por fim, a ampliação de um sistema de perícia computacional que possibilitaria efetivamente garantir a veracidade das referidas provas. O direito precisa se adequar às possibilidades e riscos da tecnologia.

CONCLUSÃO

Apresenta-se nesse patamar as conclusões do estudo de forma estruturada:

- I. É possível a flexibilização da necessidade probatória dos critérios rígidos da responsabilidade civil, quais sejam o fato ou próprio dano, o nexo causal e a culpa empresarial, a depender do caso concreto a que se depara.
- II. A Lei nº 13.467/2017, trouxe um avanço para a distinção teórica entre “dano moral” e “dano extrapatrimonial”, na qual não se separa mais em várias categorias como dano moral, estético, existencial e patrimonial, agora há apenas duas: o dano patrimonial e o dano extrapatrimonial (e este congloba todos as relações não patrimoniais, ou seja, o moral, estético, existencial e etc).
- III. A Lei nº 13.467/2017, não especificou a possibilidade do dano coletivo que possui caráter metaindividual, por esse motivo causa dúvidas sobre o possível dano em ricochete, e assim, a comprovação probatória no processo desse dano, possivelmente não será aceita.
- IV. A reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, consolidou o entendimento sobre o ônus da prova: o ônus do empregador provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo e ônus do empregado a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Ressalta-se que a reforma inovou ao prever que em casos específicos (por previsão legal ou pela dificuldade concreta) em que se vislumbra a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir com o ônus da prova, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso.
- V. Efetivamente a alteração mais controversa da reforma trabalhista trata-se do disposto no art. 223-G que estipula o que o juiz deverá considerar para avaliar o dano moral, como por exemplo a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a extensão e duração dos efeitos da ofensa e etc. Tal temática não vem sendo debatida e principalmente a quem caberá o ônus de provar todas essas situações, ou ainda, se isto restará apenas à convicção do juiz e sua análise dos fatos ocorridos.
- VI. Observou-se o contraste formado: amplia-se a normativa relativa ao dano extrapatrimonial e por outro lado, pouco se discute quanto a fragilidade e novas formulações de prova.

- VII. A primeira pesquisa jurisprudencial realizada foi feita com o objetivo de traçar como os tribunais entendem a possibilidade da gravação como meio de prova no dano moral, através do mapeamento de um representante em cada uma das cinco regiões do Brasil: SUL no TRT 12 Santa Catarina; Sudeste no TRT 3 Minas Gerais; Centro- Oeste no TRT 23 Mato Grosso; Nordeste TRT 22 Piauí; e Norte TRT8 Pará e Amapá. Trouxe então, os resultados: i. Gravação realizada por interlocutor é aceita para provar dano moral; ii. Gravação realizada por interlocutor para provar dano patrimonial, geralmente não é aceita; iii. Gravação por terceiro, geralmente não é aceita; iv. Santa Catarina (representante da região sul) tendem a ser mais flexível e condenar a dano moral; v. Estados do norte (Pará e Amapá) tendem a adotar uma posição restritiva à condenação por dano moral.
- VIII. A segunda pesquisa de jurisprudência foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho e constatou-se a consolidação da jurisprudência sobre a possibilidade de gravação por um dos interlocutores como prova de dano moral e destacou-se as situações excepcionais e que demonstram a ocorrência de gravação por terceiro, sendo o percentual de diferença entre aceitação e negação muito ínfimo.
- IX. A terceira pesquisa realizada no Supremo Tribunal Federal buscou demonstrar o precedente já firmado sobre a questão, ou seja, a possibilidade da utilização de gravação como prova de dano moral. Destaca-se que este fato não exauriu a questão, ainda é possível discutir a possibilidade de gravação de terceiro, principalmente diante da pesquisa regional que se realizou anteriormente
- X. As últimas duas pesquisas foram no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (Paraná), nas quais utilizou-se duas metodologias diferentes, uma quantitativa voltada a possibilidade de gravação e outra qualitativa voltada a utilização de novas tecnologias como meio de prova. Observou-se uma séria dificuldade quanto a indeterminação do fato a que a prova buscava demonstrar, mas consolidou-se a ideia da possibilidade da gravação por um dos interlocutores como legítima e ainda, da impossibilidade de gravação por terceiro. Da análise qualitativa observou-se que anteriormente ainda tentava-se exigir que provas produzidas por meio eletrônico fossem confirmadas por meios oficiais; não há a consolidação da exigência de veracidade, ocorrendo somente em raras exceções; há a possibilidade da utilização também do “facebook” como meio de prova, mas deve-se atentar a realização de dano efetivo, ou seja, não é qualquer ato virtual que ensejará em dano; consolidada a utilização de vídeo como prova de dano moral; por fim, a melhor forma de garantir a composição probatória é atribuir diversos meios de prova, como gravações, testemunha, documentos e etc.
- XI. Observa-se que **em nenhum julgado da pesquisa nas cinco regiões e do Tribunal Superior do Trabalho foram observadas quaisquer requisições ou métodos para atestar a veracidade das gravações, fato que só foi observado na** pesquisa realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª região.
- XII. Ressaltou-se a necessidade de incorporar mecanismos de fiscalização e de verificação da autenticidade probatória. A realidade demonstra que da forma como as provas são acostadas ao processo: áudios são anexados por CD’S, ou pendrive; conversas ou situações vislumbradas por e-mail, “whatsapp”, “facebook” ou outros mecanismos são apenas capturadas e anexadas as petições; **sem qualquer verificação de veracidade.**
- XIII. Demonstrou-se algumas técnicas que podem ser utilizadas para maquiagem ou fraldar provas: i. conversas e áudios podem ser alteradas por simples edição de foto ou de áudio, inclusive por aplicativos de celulares; iii. tutoriais que ensinam a “forjar um e-

mail”, ou criar conversas falsas no facebook ii. Os próprios possibilidades do aplicativo “whatsapp” de apagar alguma fala em uma conversa iii. A utilização de aplicativos que simulam conversas completamente falsas como “Whatsfake”; iv. Ainda, é possível a realização da falsificação por profissionais.

XIV. As possíveis formas de superação da fragilidade da referida prova estão em fortalecer os mecanismos de comprovação da veracidade e fiscalização no processo. Assim, institucionalizar a exigência de que a referida prova esteja certificada por um cartório, que estes devem estar realmente habilitados para detectar efetivamente a veracidade delas; e por fim, a ampliação de um sistema de perícia computacional que possibilitaria efetivamente garantir a veracidade das referidas provas.

Demonstrou-se então, que as mais diversas formas de tecnologia de comunicação já fazem parte das vivências humanas e estão sendo utilizadas como forma de comprovar danos extrapatrimoniais em processos judiciais. A sua utilização deve ser observada por parâmetros que permitam autenticar a sua veracidade e assim, o próprio processo deve se adaptar a tais tecnologias possibilitando mecanismos oficiais e extraoficiais de autenticação. Se trata da maneira mais segura de assegurar a fidedignidade do processo judicial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Indenização do Dano Moral. **Síntese Jornal**, Porto Alegre, v.01, n.06, maio-junho/1997.

BARLOW, John P., **A Declaration of the Independence of Cyberspace**, 1996, disponível em <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>. Acesso em 20 de março de 2018.

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio. Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto: Reparação Civil por Danos Morais. **Editora Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1. ed., 1993.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

BRASIL, **Medida Provisória nº 2.200-2/ 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91613**. Relator: Gilmar Mendes Julgamento: 15 de maio de 2012. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 560223**. Relator: Joaquim Barbosa Julgamento: 12 de abril de 2011.

BRASIL, Tribunal Regional da 12ª região. **Acórdão nº 00965-2011-013-12-00-4**. 5ª Câmara. Relator: Maria De Lourdes Leiria

BRASIL, Tribunal Regional da 22ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000490-54.2015.5.22.0003**. Relator: Wellington Jim Boavista. Julgamento: 17 de abril de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional da 3ª região. **Acórdão nº 0011864-29.2016.5.03.0143**. Relatora: Ana Maria Amorim Rebouças. Julgamento: 21 de fevereiro de 2018.

BRASIL, Tribunal Regional da 8ª Região. **nº 0000960-72.2015.5.08.0004**. Relator: Georgenor de Sousa Franco Filho. Julgamento 7 de março de 2017.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

BRASIL, Tribunal Regional da 8ª Região. nº **0001785-26.2015.5.08.0130**. Relatora: Maria Zufla Lima Dutra. Julgamento 6 de fevereiro de 2018.

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 00990-2004-660-09-00-1-ACO-28662-2005**. Relatora: Marlene T. Fuverki Suguiatsu. Julgamento: 8 de novembro de 2005

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 01680-2006-670-09-00-3-ACO-15802-2011**. Relator: Sérgio Murilo Rodrigues Lemos. Julgamento: 3 de maio de 2011.

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 04068-2015-651-09-00-5-ACO-07382-2017**. Relatora: Thereza Cristina Gosdal. Julgamento: 7 de março de 2017.

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 05745-2011-024-09-00-7-ACO-34400-2012**. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Julgamento: 3 de agosto de 2012

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 09172-2014-872-09-00-2-ACO-29267-2016**. Relator: Sergio Guimarães Sampaio. Julgamento: 23 de agosto de 2016.

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 12202-2006-012-09-00-9-ACO-19014-2009**. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Julgamento: 19 de junho de 2009.

BRASIL, Tribunal Regional da 9ª Região. **Processo nº 40096-2009-010-09-00-3-ACO-07946-2014**. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Julgamento: 14 de março de 2014.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1461-48.2010.5.10.0003**. Relator: Alexandre Agra Belmonte. Julgamento: 25 de fevereiro de 2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 1060-91.2010.5.02.0255**. Relator: Maurício Godinho Delgado. 3ª Turma. Publicado: 24 de maio de 2014.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 16400-26.2009.5.13.0022**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Julgamento: 24 de agosto de 2011.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 60800-64.2005.5.17.0181**. Relatora: Delaíde Miranda Arantes. Julgamento: 28 de novembro de 2012.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 761175-81.2001.5.12.5555**. Relator: Milton de Moura França. Julgamento: 10 de março de 2004

CABRAL, Isabela. **Como apagar uma mensagem enviada no WhatsApp depois do tempo limite**. TechTudo. 04/02/2018. Atualizado 15/03/2018. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2018/02/como-apagar-uma-mensagem-enviada-no-whatsapp-depois-do-tempo-limite.ghtml>>. Acesso em 20 de março de 2018.

CASILLO, João. Dano à pessoa e sua indenização. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1994.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 3, 3ª edição, Editora Bookseller, Campinas, 2002.

COSTA, Marvin. **Veja como editar arquivos de áudio usando o aplicativo Gravador do iOS**. TechTudo. 08/08/2013 - Atualizado em 17/03/2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2013/08/veja-como-editar-arquivos-de-audio-usando-o-aplicativo-gravador-do-ios.html>>. Acesso em 20 de março de 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Controvérsias sobre o dano moral Trabalhista. **Revista TST, Brasília**, vol. 73, no 2, abr/jun 2007.

DIGITAL FUTURE IN FOCUS BRAZIL 2015, **Relatório**. Disponível em: <<https://www.comscore.com/por/Insights/Apresentacoes-e-documentos/2015/2015-Brazil-Digital-Future-in-Focus>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, Brasil, 2.010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo, 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tese: distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho – Critérios e casuística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 32, 2008.

FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; MIKOS, Nádia Regina de Carvalho. **Reforma trabalhista e o dano moral: a dimensão ética das relações de trabalho**. Livro Reformas Legislativas de um Estado em crise. Organização: Amanda Luiza Oliveira Pinto, Bárbara Mendonça Bertotti e Miriam Olivia Knopik Ferraz. Editora Ítala, Curitiba, 2018.

GARIMELLA, Kiran; TYSON, Gareth. **WhatsApp, Doc? A First Look at WhatsApp Public Group Data**. Association for the Advancement of Artificial Intelligence (www.aaai.org). Disponível em: <<https://github.com/gvrkiran/whatsapp-public-groups>>.

GAZETA DO POVO. **WhatsApp explica por que não pode quebrar o sigilo dos usuários. STF julga ação que questiona a possibilidade de juízes de primeiro grau ordenarem o bloqueio do aplicativo**. 21/11/2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/whatsapp-explica-por-que-nao-pode-quebrar-o-sigilo-dos-usuarios-0g80vg7d3ygramgv1y60cq2bv>>. Acesso em 20 de março de 2018.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **O documento Eletrônico como meio de prova no Brasil. Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática (2001)**. Disponível em: <http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/14/>. Acesso em 20 de março de 2018.

GOSÁLVEZ, Patrícia. **O WhatsApp, uma duvidosa testemunha de acusação. Dois ‘hackers’ espanhóis conseguem falsificar remetentes no popular serviço de mensagens instantâneas**. El País. 4 de julho de 2014. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2014/06/27/tecnologia/1403886630_918603.html>. Acesso em 20 de março de 2018.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: Validade Jurídica dos Contratos via Internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LESSIG, L. **Code: version 2.0**. 2006, New York: Basic Books.

MALLET, Estevão. Direitos de personalidade e direito do trabalho. In: **Revista LTr**. n. 68-11, nov. 2004.

MARANHÃO, Ney. **Breves considerações sobre a tutela extrapatrimonial na realidade jurídica italiana: dano moral, biológico e existencial**. In: GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio César. (Coord.) **Responsabilidade civil nas relações de trabalho – reflexões atuais: homenagem ao professor José Affonso Dallegrave Neto**. São Paulo: LTR 2015, p. 307-318.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.

A prova do dano moral no processo do trabalho: o entendimento dos tribunais sobre a possibilidade da utilização da gravação e as novas tecnologias de comunicação

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. Editora LTR. São Paulo, 1998, p.117.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.171

RIBEIRO, Daniel. **Como criar conversas fakes no Facebook**. Techtudo. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/noticia/2013/06/como-criar-conversas-fakes-no-facebook.html>>. Acesso em 20 de março de 2018.

SAVATIER citado por José Raffaelli Santini. **Dano Moral: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 42; RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Responsabilidade Civil**, 2002, p. 30.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Redes cibernéticas e tecnologias do anonimato. *In: Revista Comunicação & Sociedade*. Ano 30, n. 51, p. 113-134, jan./jun. 2009.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista e Danos extrapatrimoniais: (Lei nº. 13.467/2017 e MP 808/2017). A vida por um preço**. Reforma Trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. Coordenadores: José Afonso Dallegrave Neto e Ernani Kajota. São Paulo: LTr, 2018.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos Contratos Eletrônicos na Sociedade da Informação**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TELLO, Diana Carolina Valencia. **Estado, sociedade e novas tecnologias: compreendendo as transformações institucionais e sociais do século XXI**. Curitiba: Juruá, 2015.

VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. E.V. Editora Ltda, Campinas-SP, 3. ed., 1995. FILHO, Rodolfo Pamplona. **O Dano Moral na Relação de Emprego**. Editora LTR, São Paulo, 1998.

VALLER, Wladimir. **A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro**. E.V. Editora Ltda, Campinas-SP, 3. ed., 1995.

WHATSAFAKE, **WhatsFake- recursos**. Disponível em: <http://www.whatsfakeapp.com/pt_BR/> Acesso em 20 de março de 2018.

WIKIHOW, **Como Forjar um e-mail**. Disponível em: <<https://pt.wikihow.com/Forjar-um-E-Mail>>. Acesso em 20 de março de 2018.

Recebido em: 9 jun. 2018.

Aceito em: 12 nov. 2018.

DIREITO DE LAJE: DA IMPORTÂNCIA SOCIAL E DAS CONTROVÉRSIAS QUANTO AO DIREITO DE SUPERFÍCIE E AO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Rafael Lamera Giesta Cabral

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB (2016). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos - UFSCar (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2007). Atualmente, é professor adjunto no curso de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública (PROFIAP Mestrado Profissional) da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). É Editor-chefe da Revista Jurídica da Universidade Federal Rural do Semi-árido (REJUR). Desenvolve pesquisas no campo da História do Direito, com ênfase na história constitucional e direitos sociais entre as décadas de 1920 e 1940. Pesquisa também na área de Administração Pública com foco na gestão democrática nos Conselhos Municipais e Gestão de Risco Institucional.

rafaelcabral@ufersa.edu.br

Vanessa Dias de Carvalho Quaresma Gama

Bacharelada em Direito, pela Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA), Mossoró-RN, Brasil.

vanessa_jrpt@hotmail.com

RESUMO: O presente estudo tem como objeto avaliar as concepções do direito de laje como uma política de desenvolvimento e regularização urbana e ao final indicar uma classificação que melhor represente a natureza jurídica desse instituto. A análise do direito de laje foi concretizada a partir dos parâmetros de aplicação dos princípios da dignidade humana, da função social da propriedade e do direito à moradia, a fim de demonstrar seu caráter fundamental de ruptura às clássicas concepções do direito de propriedade. Para que o objetivo fosse alcançado, buscou-se apresentar o percurso legislativo do direito de laje e sua origem na doutrina nacional e internacional. Na sequência foi realizada uma análise detalhada acerca das concepções do direito de laje, especialmente, no tocante ao direito superficiário e ao condomínio edilício, que também guardam similitudes com o instituto. O direito de laje pode ser considerado *sui generis*, com traços distintos das funções sociais exercidas pelo direito de superfície e condomínio edilício, com forte vocação para a regularização de uma política urbana em aglomerados populacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de laje. Regularização urbana. Desenvolvimento. Direito *sui generis*.

The slab law: social importance and controversies regarding the surface law and the building condominium

ABSTRACT: The present study has the objective of evaluating the concepts of the slab right and finally proposing a classification that best represents this institute. The analysis of the right of slab was made based on the parameters of application of the principles of human dignity, the social function of property, the right to housing in order to demonstrate its fundamental character in the environment in which it is inserted. The method used to meet the objective was analyzed by the legislative course undergone by this new law, in addition to its national and international doctrinal origin, allowing to understand the different conceptions of slab. Then, a detailed analysis was carried out on the concepts of slab rights, especially with regard to surface law and the condominium building, which also has similarities with the institute. The right of slab can be considered *sui generis* that traits different from the social functions exerted by the surface right and condominium building, with strong vocation for the regularization of an urban policy in population groups.

KEYWORDS: Slab right. Urban regulation. Development. *Sui generis* law.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2016, o governo federal lançou a Medida Provisória nº 759, que teve por finalidade dispor acerca da regularização fundiária rural e urbana, além de instituir novos mecanismos jurídicos, como a instituição do direito à laje. O rol dos direitos reais, previstos no Código Civil, ganhou mais um instituto, mesmo que criado por uma medida provisória. Por mais que tenha causado estranheza na comunidade jurídica pela forma em que foi concebido o direito de laje, o instituto é vocacionado para uma regulação urbana e rural relevante para a concretização de direitos sociais.

Em julho de 2017, com a promulgação da Lei n. 13.465, o direito de laje passou a ser disciplinado dentro de um projeto mais amplo. Essa lei, contudo, não trouxe os mesmos dispositivos da Medida Provisória nº 759, pois, antes de integrarem a legislação, fez-se necessário um nítido aprimoramento do conteúdo de alguns artigos, resultando em mais de 700 emendas à referida Medida Provisória, conforme se depreende de Cartilha acerca da Lei de Regularização Fundiária de 2017, elaborada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Apesar do seu recém nascimento no direito positivo brasileiro, o direito de laje foi amplamente discutido por juristas e por estudiosos de outras áreas, como os sociólogos, ambientalistas e urbanistas, pois mesmo estando ausente do nosso ordenamento jurídico, a laje é um instituto urbano que existe há décadas no contexto jurisprudencial brasileiro.

A problemática central deste trabalho é promover reflexões sobre a inclusão do direito de laje como um direito real. Essa classificação tornou-se alvo de várias críticas por vários doutrinadores, em virtude da alteração relativa à natureza jurídica desse instituto.

A classificação majoritariamente defendida, fruto dos estudos realizados de grandes juristas nacionais e internacionais, concebia a laje como uma espécie de direito equivalente ao superficiário no ordenamento jurídico brasileiro.

O advento dessa nova legislação atribuiu à laje classificação diversa daquela preconizada anteriormente, ocasionando uma mudança de concepção significativa no instituto ora estudado.

A partir de uma análise sobre as mudanças geradas por essa regularização, é possível declarar o ensejo à uma ruptura dos modelos sobre o direito de propriedade e seus atributos liberais, forjados no pensamento oitocentista.

Para tanto, abordou-se, na primeira seção, o percurso legislativo estabelecido por esse recente direito, além de sua origem doutrinária nacional e internacional, permitindo compreender as diversas concepções e alcances ao direito de laje. Na segunda seção, promoveu-se uma síntese sobre o problema histórico de moradias (função social) e as necessidades de ampliação políticas de desenvolvimento urbano no país, respaldadas pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e do direito de moradia.

Na terceira seção, realizou-se uma análise detalhada acerca das concepções do direito de laje, especialmente, no tocante ao direito de superfície, concebido como o que melhor representava a laje pela doutrina majoritária, e ao condomínio edilício que também guarda similitudes com o instituto.

A abordagem metodológica deste trabalho consubstanciou-se no método da investigação histórica-evolutiva, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, livros e revistas especializadas, jurisprudências e trabalhos acadêmicos (monografias e teses), com o fito de registrar qualitativamente os diversos institutos que norteiam o direito de laje, bem como o contexto histórico-social ao qual se deu o seu nascimento.

1. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DIREITO DE LAJE

A previsão legislativa sobre o direito de laje é bastante recente, no entanto, tal direito já foi mencionado por vários doutrinadores em seus estudos. Dentre esses, Rodrigo Mazzei (2007), em sua dissertação de mestrado, já mencionava o direito de laje e era um dos juristas brasileiros que reiterava a urgência em reconhecer este instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesta seção, aborda-se o avanço legislativo do instituto direito de laje.

O ciclo de desenvolvimento social, político e econômico no Brasil é complexo e quando se voltam para o cenário de ocupação territorial, as soluções apresentadas não dialogam diretamente com uma política pública de regularização urbana e fundiária capaz de concretizar direitos.

Um desses movimentos gerados pelo modelo de desenvolvimento brasileiro foi o surgimento das favelas, marcadas, na história, especialmente como uma das consequências do desordenado desenvolvimento urbano, que se associa, comumente, ao instituto imobiliário das lajes.

Uma das políticas públicas a serem implementadas deve ser o reconhecimento de que o surgimento das favelas são fatos sociais, sendo assim, um fomentador de mudanças também no âmbito legal. Dessa forma, concebe-se que a regularização de direitos que atendam a demanda social dos habitantes desse instituto urbano é indispensável.

Uma das questões acerca dessa regularização a ser abordada é a instrumentalização do direito de laje no âmbito favelar, mais especificamente pela evidência recorrente da prática de alienação, gratuita ou onerosa das lajes de suas propriedades, por moradores dessas comunidades, para que terceiros lá construam ou residam, conforme destaca Magno de Oliveira (2014).

Diante disso, apesar da necessidade de normatizar o direito relativo ao ambiente favelar, é incomum sua expressa previsão legislativa no âmbito legislativo internacional, tornando o

Brasil um verdadeiro vanguardista com a promulgação desta legislação, que tem por objetivo regularizar imóveis em regiões de favela.

O que existe há tempos nos ordenamentos estrangeiros, como o português e suíço, são interpretações doutrinárias acerca desse direito com base em legislações que tratavam sobre o uso do espaço aéreo das propriedades, tal como a laje era disciplinada no direito brasileiro antes da MPV nº 759/2016.

Por outro lado, conforme Sarmiento Filho (2012), não há unanimidade em relação a natureza jurídica lajeária. Observando-se que grande parte dos ordenamentos jurídicos alienígenas trata a laje como um desdobramento do direito de superfície, referindo-se a ela comumente como sobrelevação ou, como no direito suíço, superfície em segundo grau. Todos esses institutos estão presentes na doutrina brasileira, contudo com algumas distinções quanto à natureza jurídica, que serão futuramente abordadas (LOUREIRO, 2017).

Dito isto, é possível contemplar, nesse instituto, três níveis de propriedade: a do dono do solo, a do primeiro superficiário e a do segundo superficiário (AMARANTE, 2012). Esse fenômeno jurídico relaciona-se com o direito de laje de forma independente ao qual é atribuído à propriedade objeto de uma superfície em segundo grau, já que o segundo superficiário cria uma nova propriedade desvinculada em relação à propriedade de origem. Esse fato é frequente em diversas comunidades periféricas, decorrentes das construções de “puxadinhos”, desvinculados do prédio principal, a fim de vendê-los a terceiros.

No Código Civil lusitano de 1966, por exemplo, é possível notar a mesma ausência de menção expressa do termo direito de laje que o ordenamento brasileiro lidava antes da MPV nº 759/2016, contudo a figura da sobrelevação estava inserida, como dispunha em seu Art. 1.52.

A partir desse dispositivo, percebe-se a presença da influência do direito de superfície na propriedade horizontal, incomum na realidade social brasileira, mas que foi uma das fontes para a elaboração do dispositivo brasileiro que trouxe as primeiras formas para a aplicação do direito de superfície aos espaços aéreos contido no Estatuto da Cidade, em 2001 (Lei n. 10.257).

É relevante salientar que o direito de sobrelevação não foi apenas apresentado pelo direito português, mas já podia ser observado tanto na legislação italiana quanto na suíça (PEREIRA, 2014), com normatividades próprias.

Diante de uma breve análise sobre esses ordenamentos jurídicos, é possível reconhecer a existência de figuras primitivas do direito lajeário. Grande parte delas relacionadas com institutos equivalentes com o direito de superfície, com as particularidades de cada Estado.

Em um primeiro momento, o Brasil teve influências desses ordenamentos para reger o seu próprio direito de superfície, que atendia às demandas sociais pela regularização da laje, na ausência de uma legislação própria.

1.1. Primórdios do direito de laje brasileiro

A doutrina começou a se debruçar acerca do assunto e realizar as primeiras tentativas na delimitação de sua natureza jurídica e seus fundamentos após alguma previsão no ordenamento jurídico que permitisse a interpretações nesse sentido.

Conforme entendimento de Cristiano Chaves de Farias (*et. all.*, 2017), Ricardo Pereira Lira (2012) e Rodrigo Mazzei (2012), a maior representação do direito favelar antes de sua

previsão expressa estaria presente no Estatuto da Cidade de 2001, mais especificamente em seu art. 21, § 1º, que dispõe sobre a abrangência do direito de superfície, classificação comumente atribuída à laje antes da regularização legislativa. Tal dispositivo expõe o rol de objetos de concessão do direito superficiário para além do solo, subsolo e o espaço aéreo relativo ao terreno.

Em razão de ser a primeira menção ao direito de usar o espaço aéreo de um terreno, por muito tempo a doutrina brasileira defendeu majoritariamente a concepção de laje como um direito de superfície.

Naturalmente, em virtude de o legislador não ter previsto de maneira expressa o direito de laje e muito menos sua vedação legal, essa adaptação interpretativa se tornou a regulação da sobrelevação brasileira, um instituto que, como se pode analisar anteriormente, adveio do direito estrangeiro, na qual trazia as bases para esse projeto de regularização do direito lajeário. Contudo, com a regularização do direito lajeário, juristas reanalisaram o instituto, afirmando que “a intenção do legislador não era a de possibilitar a cessão da superfície do imóvel já construído, já que a utilização do espaço aéreo se direcionava unicamente ao terreno” (FARIAS, et. all., 2017, p. 28).

Esse entendimento inviabiliza diversas situações como a própria laje, pois se infere a limitação e restrição da concessão superficiária, assunto que será aprofundado em momento oportuno. Ademais, percebe-se a importância dessa classificação puramente doutrinária a fim de formar verdadeira base para a elaboração das legislações que surgiram com a regularização da situação lajeária.

A concepção de laje como um direito de superfície foi imprescindível para a construção do que se tem hoje do instituto. É relevante esclarecer que, com a Lei 13.465/17, o direito de laje ganhou nova classificação.

Neste aspecto, há uma nítida inspiração no direito de superfície, especialmente no que tange o art. 21, parágrafo primeiro, da Lei 10.257/2001, já comentado acima. No entanto, com ele não se confunde, uma vez que opor-se-ia uma interpretação restritiva do instituto.

Não obstante, é importante ressaltar que não devem ser confundidas essas concepções advindas do art. 21, § 1º do Estatuto da Cidade de 2001 com a concepção trazida pelas novas legislações acerca do assunto. Elas são apenas os moldes primitivos para o direito de laje atual.

1.2. O percurso legislativo do direito de laje: Da MPV nº 759/2016 à Lei 13.465/2017

Após esse momento de obscuridade legislativa acerca do direito de laje, em que imperava a interpretação dos juristas brasileiros com base em menções normativas à concessão do uso do espaço aéreo de terrenos, os legisladores reuniram esforços para elaborar uma legislação que inserisse o direito favelar efetivamente no ordenamento jurídico nacional.

A MPV nº 759 não dispôs apenas sobre a novidade do direito de laje, ela destinou-se à regularização de algumas situações fundiárias urbana e rural, inclusive no âmbito da Amazônia Legal.

Segundo a MPV nº 759/2016, o direito de laje consistiria na “possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas situadas em uma mesma

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”.

A Medida Provisória acima citada ainda trouxe uma noção dos efeitos que legislador queria gerar socialmente, todavia é perceptível que o capítulo que dispõe acerca da laje necessitava de algumas modificações, pois alguns dispositivos tinham uma redação confusa.

A título de exemplo, um dos dispositivos em que era possível perceber uma dificuldade interpretativa e até uma certa incoerência com o instituto estava incorporado ao § 1º do Art. 1.510-A, no que se refere à impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos.

Posteriormente à promulgação da MPV nº 759/16, a legislação retornou à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal para novas discussões que duraram muitos meses, resultando a publicação da Lei 13.465, em 11 de julho de 2017, após 732 emendas legislativas.

Nessa legislação, foi possível perceber não apenas a reforma total da redação dos dispositivos da MPV 759/16, como também algumas novidades sobre o registro da laje que, embora tenha sido mencionado na medida provisória, ganhou mais destaque e foi consideravelmente ampliado.

Na Lei 13.465/17, há mais harmonia na compreensão do instituto, além de uma redação mais clara dos seus dispositivos. O conceito de laje modificou-se também. A novidade desse conceito para o previsto na MPV nº 759/16 foi a especificação quanto à restrição do que pode ser contemplado pelo direito de laje, que foi de grande importância para a distinção do direito de laje aos outros institutos, como o direito de superfície e condomínio edilício.

Ao longo desse trabalho far-se-á uma análise mais profunda sobre os dispositivos dessa lei, além de adentrar no estudo dos princípios que norteiam esse novíssimo direito.

2. FUNDAMENTOS NORTEADORES DO DIREITO À LAJE

A laje, apesar de sua recente regularização, está presente na realidade social brasileira desde seus primórdios históricos quando a influência política portuguesa ainda era evidente sobre o Brasil.

O instituto lajeário encontra referências até mesmo na literatura nacional, como é possível analisar na obra prima “O Cortiço”, de Aluísio de Azevedo (1890), que, mesmo sendo uma ficção literária, retrata bem a vivência marginal dos moradores de construções irregulares no Rio de Janeiro, no final do século XIX.

Há claras alusões ao instituto da laje inseridas na ambientação desse clássico literário. Uma dessas referências apresenta-se no seguinte trecho:

O que aliás não impediu que as casinhas continuassem a surgir, uma após outra, e fossem logo se enchendo, a estenderem-se unidas por ali a fora, desde a venda até quase ao morro, e depois dobrassem para o lado do Miranda e avançassem sobre o quintal deste, que parecia ameaçado por aquela serpente de pedra e cal (AZEVEDO, 1890. p. 6).

Não é difícil verificar no romance a semelhança com as favelas brasileiras, especialmente no tocante ao caráter irregular da construção, sem mencionar a condição social marginalizada das personagens que habitavam o cortiço/favela de João Romão.

Nesse quadrante, é interessante notar que essa obra não gira em torno apenas do modo de vida daqueles que habitavam nos cortiços da época, mas também retrata o movimento urbano pelo qual o Rio de Janeiro estava passando.

Esse romance espelhou um futuro próximo, como o período da reforma urbanística promovida por Pereira Passos, entre 1902 e 1906, com a finalidade de modernizar o Rio de Janeiro, controlando a propagação de doenças e pestes que assolavam a cidade, além de aprimorar o tráfego (SUPPIA e SCARABELLO, 2014). Contudo, outra medida dessa reforma atingiu diretamente a população trabalhadora que habitava nos cortiços, consistindo na demolição de diversas moradias.

Em razão disso, a reforma que tinha como finalidade “modernizar” a cidade findou-se por transferir o “problema” de lugar, tornando-se uma das responsáveis pelo surgimento das favelas nos morros cariocas, pois os moradores dos cortiços do centro da cidade se mudaram para as periferias, formando os subúrbios favelados como são conhecidos atualmente.

Ainda que a obra seja ficcional, não se deve desconsiderar o movimento literário em que se insere. Sendo um dos clássicos naturalistas nacionais, sua essência deve-se basear na observação fiel da realidade e na experiência (GUINSBURG, 2017), tornando-a um referencial histórico-social da época em que foi elaborada.

Desse modo, a partir da análise da retratação histórica-social da época e realizando uma breve comparação entre as unidades que compõem a estalagem do protagonista da história e as lajes das favelas brasileiras, pode ser afirmado que a laje é presente na realidade brasileira pelo menos desde o século XIX.

Naturalmente, a referência do instituto lajeário na literatura brasileira é apenas uma evidência da sua existência desde da instauração da república na história nacional. Apesar disso, como se analisará a seguir, seu surgimento na realidade social é até mesmo anterior à publicação desse icônico romance tupiniquim. A questão ocupacional e o abismo entre a classe opressora e oprimida marca a história brasileira desde a colonização lusitana, perdurando e crescendo até os dias atuais.

É interessante que uma das marcas dessa divisão social estava intimamente ligada ao aspecto da moradia, pois enquanto os dominantes habitavam a casa grande, os escravos viviam em senzalas, inferindo, desse modo, a condição habitacional como um dos externadores da desigualdade social presente na época em que estava inserida.

Mesmo com a abolição da escravidão no Brasil, a distância social entre ex-senhores de escravos e ex-escravos não foi atenuada. Os escravos recém-libertos “das cidades coloniais passaram por novos desafios com o advento da cidade republicana, a qual foi construída visando aos interesses da aristocracia dominante à época” (GARCIA *apud* AMARANTE, 2012, p. 4).

Conforme Cláudia Franco Correa (2008), o fim da escravidão e a proclamação da república trouxe mudanças bastante significantes no cenário demográfico brasileiro e, ainda,

[...] com o fim da escravidão cresceu o número de desempregados e subempregados, pela quantitativa mão de obra lançada no mercado sem condições de absorvê-la. Um grande êxodo ocorre proveniente da região cafeeira do estado do Rio, associado ao processo de aumento da presença estrangeira, de modo especial, os portugueses. Na primeira década da República a população quase dobrou (CORREA, 2008, p. 998).

Nota-se, nesse trecho, os dois primeiros fatores para o crescimento populacional urbano brasileiro, o êxodo rural e o aumento de estrangeiros no país. O súbito aumento populacional

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

sem planejamento estrutural torna a questão habitacional um grave problema a ser solucionado pelo Estado.

Entretanto, como pode-se observar na atual conjuntura político-econômica em que o país se encontra, a falta de investimentos e o reduzido planejamento do Estado na ampliação da infraestrutura urbana contribuiu para a formação de uma construção marginal nas cidades, ou seja, o surgimento de favelas.

Com o crescimento populacional desordenado, aqueles que possuem melhores condições financeiras são os poucos capazes de garantir moradias dignas, enquanto a população menos favorecida economicamente é vítima desse movimento urbano, o qual a força a se aglomerar em edificações irregulares e geralmente sem qualquer infraestrutura (TESHIMA, 2013).

Ignorar a realidade dos grandes aglomerados urbanos que se organizam em moradias irregulares, como “puxadinhos”, ou que promovem múltiplas divisões de uma pequena propriedade que não alcança 100 metros quadrados, é violar os princípios da dignidade humana, da função social da propriedade¹ e do próprio direito constitucional à moradia.

Conforme visto anteriormente, a segregação social é a grande fomentadora do surgimento e crescimento das favelas e da laje no âmbito brasileiro. Não obstante, o distanciamento entre os mais e menos favorecidos economicamente não é o efeito mais grave da desigualdade social, desencadeando diversos outros efeitos.

Boaventura de Sousa Santos (1973), em sua tese de doutorado sobre a pluralidade jurídica existente em um mesmo espaço geopolítico, fala sobre a possibilidade de aceção de um direito além do direito do Estado, ao qual ele denominou de “direito de asfalto”.

Nessa tese, ele disserta sobre a criação de um ordenamento jurídico para suprir as necessidades de determinado grupo, que teoricamente deveria ser composto pela totalidade dos cidadãos de um Estado. Todavia, esse grupo não abrange aqueles invisíveis à sociedade.

O direito do Estado se torna insuficiente para aqueles que vivem à margem da sociedade, em virtude da nítida negligência do Poder Público acentuada pela omissão social, que os compele a estabelecer um direito próprio que atenda às demandas desse grupo (SANTOS, 1973).

Ao analisar essas comunidades, percebe-se que elas têm um representante que é reconhecido como um verdadeiro líder político, diferente dos líderes políticos eleitos legitimamente pelo povo. Do mesmo modo ocorre com o Poder Judiciário, que muitas vezes não é usufruído pelos habitantes dessa comunidade por diversos fatores. Um deles é a convicção de ser inútil e perigoso.

Era inútil porque “os tribunais têm que seguir o código e pelo código nós não tínhamos nenhum direito”. Era perigoso porque “trazer a situação ilegal da comunidade à atenção dos serviços do Estado poderia levá-los a nos jogar na cadeia” (SANTOS, 1973, p. 8).

Percebe-se que os próprios indivíduos inseridos nessas comunidades se consideram em uma situação ilegal em razão da irregularidade da habitação, “como se a legalidade da posse da terra se repercutisse sobre todas as outras relações sociais, mesmo sobre aquelas que nada têm a ver com a terra ou com a habitação” (SANTOS, 1973, p. 8).

¹ Para maiores detalhes ver Pessoa (2010) e Damacena; Webber (2016).

Todo esse status ilegal é reforçado ainda mais pela previsão legislativas inexistente sobre os institutos que formam a comunidade favelada. Entretanto, insurgiram diversos movimentos sociais que auxiliaram no processo de evidência dessas comunidades faveladas.

Há registros de movimentos sociais advindos de organizações comunitárias desde o início do século XX, naturalmente, com diversas demandas, mas todas voltadas para a conquista de melhorias estruturais no espaço marginal e na efetivação do direito pleno à moradia (OLIVEIRA, 2014).

É notável que os diversos movimentos sociais e associações originadas das bases faveladas foram elementos cruciais e de suma importância não apenas para a recente regularização da laje como um direito real, mas também para a contribuir na redução da distância social entre as classes sociais.

3. CONTROVÉRSIAS CONCEITUAIS ACERCA DO DIREITO DE LAJE

A falta de previsão normativa acerca do instituto da laje estimulou diversos juristas a buscar dar formas a esse possível direito. Antes da publicação da Lei 13.465/17, a doutrina majoritária defendia uma classificação de direito de laje diferente da classificação a ela atribuída na nova legislação.

Essa seção se dedicará a explorar as concepções do direito lajeário e as interpretações do conceito trazido pela Lei 13.465/17, além de analisar qual seria o conceito que melhor retrata e satisfaz os efeitos e necessidades dos habitantes dessa modalidade imobiliária.

O primeiro ponto de partida é que o direito de superfície era comumente relacionado ao direito de laje pelos juristas brasileiros e internacionais. Sabe-se que o direito de superfície está previsto no ordenamento jurídico brasileiro em duas legislações distintas, o Estatuto da Cidade (2001) e o Código Civil (2002).

Contudo, o Código Civil de 2002 amplia a possibilidade de aplicação do direito de superfície, destinando-se a áreas tanto urbanas quanto rurais, enquanto o direito superficiário no Estatuto da Cidade de 2001 restringe-se a contemplar apenas o ambiente urbano.

De outro giro, consoante inteligência do art. 1.225, II, do Código Civil de 2002, o direito de superfície está inserido no rol de direitos reais. A previsão do instituto no Estatuto da Cidade não oferece nenhuma incongruência que prejudique a autenticidade dessa vinculação.

Apesar da ausência de pontos controvertido entre os dispositivos relativos ao direito de superfície das duas normas legais, a lei n. 10.275/2001 traz aspectos não mencionados pelo Código Civil, de 2002, alargando, por exemplo, os objetos de concessão desse direito. Como visto, anteriormente, ultrapassando a possibilidade de uso do solo, inserindo o uso do subsolo e do espaço aéreo relativo ao imóvel (Art. 21, §1º do Estatuto da Cidade, de 2001) no rol de hipótese abrangidas pelo direito de superfície. Entretanto, o Código Civil de 2002 preferiu por restringir esse rol, em seu parágrafo único do Art. 1.369, não autorizando obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

É nítida a omissão do Código Civil quanto à utilização do espaço aéreo relativo ao imóvel, dando azo à doutrina se manifestar sobre a coerência do uso de uma interpretação extensiva ao dispositivo mencionado acima.

Conforme dispõe Lira (2002b, p. 252), o direito de superfície “é um [direito] real sobre a coisa alheia autônomo”, autonomia esta traduzida em desvinculação com o terreno ou a pro-

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

priedade base, atribuindo um caráter mais independente a essa espécie de direito real sob coisa alheia, pois cria “uma propriedade dentro de outra propriedade”, ultrapassando os “contornos clássicos” da propriedade, abrindo um leque de novas alternativas.

A interpretação desse grande jurista, porém, contém inconsistências, tendo em vista a clara impossibilidade de desvinculação da área dada em concessão superficiária, em relação ao terreno em que está inserida.

A partir de uma breve análise da própria natureza jurídica do instituto de concessão de uso de bens cuja essência é posse de um bem, e não o domínio, a superfície dada em concessão guarda, invariavelmente, certa dependência em relação a propriedade base (BERNARDI, 2006).

Ademais, apesar desse embaraço doutrinário, deve-se desconsiderar, incontestavelmente, a possível confusão entre o instituto da laje e o direito de superfície *lato sensu*, em razão da laje consistir na existência de unidades imobiliárias autônomas de titularidades distinta da construção base (CAMARGO, 2017), inexistindo dependência entre os institutos.

Além disso, conforme disserta Camargo (2017) é indispensável a existência de alguma edificação sobre o solo para configurar uma laje, na forma da Lei n. 13.465/17, enquanto, o direito de superfície pode se referir apenas a terreno sem necessidade de benfeitoria alguma.

3.1. Superfície por cisão, subsuperfície e sobrelevação

A constituição do direito de superfície por cisão passou a ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro a partir dos apelos do Enunciado nº 250 do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil. É um instituto sobre o qual guarda bastante semelhança com o direito de laje. O superficiário por cisão integra em seu patrimônio a acessão já existente no imóvel da concedente, esteja esta finalizada ou não por determinado tempo (PEREIRA, 2014, p. 19).

Dessa forma, observa-se, em suma, que a superfície por cisão ocorre quando o proprietário do solo constrói ou planta em seu terreno; no entanto, transfere a um superficiário o direito de manter essa construção ou plantação. Assim, “o superficiário tornar-se-á proprietário da construção ou plantação, e o dono do terreno continuará na propriedade deste” (FERRARO, 2005, p. 137).

Essa espécie superficiária destoa do direito de superfície, pois essencialmente o direito de superfície restringe-se à concessão e não à alienação, como ocorre na superfície por cisão. O direito de laje guarda similitude com esse tipo de direito em razão dessa possibilidade de transferência.

Em contrapartida, Farias (et. all., 2017) defende que, no tocante à superfície por cisão, não há previsão de uso do espaço aéreo, mas sim sobre a possibilidade que se construa sobre o terreno já edificado ou plantado, restando equivocada a comparação com o direito de laje, apesar da possível semelhança prática dos institutos.

Ao lado destas questões, também há a sobrelevação originada da concessão do “direito de construir um novo andar sob uma construção já erguida, passando o superficiário a ser proprietário do implante” (PEREIRA, 2014, p. 50), configurando, assim, uma espécie de condomínio edilício.

Esse instituto do direito de superfície era ponto de referência forte do direito de laje, fundamentando pesquisas de diversos juristas como Mazzei (2012) e Amarante (2012), mas ele não está previsto no nosso ordenamento jurídico, sendo controversa sua admissão pela doutrina, e, conseqüentemente, divergente o surgimento de direito de laje em um instituto que não está inserido no sistema legal.

Ademais, Farias (et. all., 2017) acredita que mesmo sendo um instituto superficiário encabeçado pela doutrina urbanística, possui limitações ao direito de laje que não abarcam todas as situações jurídicas que os legisladores têm o intuito de tutelar, além de não gerar a segurança jurídica para os destinatários desse novo direito.

De outro quadrante, é importante analisar que a promulgação da Lei n. 13.465/17, que disciplina o direito de laje, era também voltada para a regularização de diversas situações urbanas, ganhando, dessa forma, o caráter de instrumento de efetivação de políticas urbanas, assim como o Estatuto da Cidade.

Ora, a partir da regularização da laje no direito urbanístico, pode-se afirmar que ela contempla as situações práticas pertencentes a esse meio ambiente artificial, não excluindo a possibilidade de aplicação da superfície por cisão ou da sobrelevação em caráter residual, voltando-se, por exemplo, para a realidade rural.

Dessa forma, mesmo que a superfície por cisão e a sobrelevação possuam semelhanças práticas com o direito de laje, torna-se nítido o objetivo do direito lajeário em auxiliar no cumprimento das políticas de direito urbano, enquanto os demais institutos não possuem essa mesma vinculação. Sendo assim, é perfeitamente possível a existência simultânea desses institutos no direito brasileiro.

De outro giro, apesar da coerência entre os núcleos das concepções de direito de superfície entre as supracitadas legislações, é importante observar outra diferença significativa entre elas, in casu, a fixação do prazo de concessão (TARTUCE, 2016).

Conforme prevê o Estatuto da Cidade de 2001, a concessão pode ser feita por tempo determinado ou indeterminado, como é possível analisar expressamente em seu artigo 21.

Por outro lado, o art. 1.369 do Código Civil de 2002, posterior à Lei n. 10.275/2001, prevê de forma expressa a concessão desse direito apenas por tempo determinado, restringindo a um direito de caráter temporário.

Segundo Mazzei (2012), é necessário notar que, mesmo ocorrendo essa diferença entre essas disposições do Código Civil e do Estatuto da Cidade, os legisladores não permitiram a possibilidade de um direito de superfície perpétuo. Apesar disso, mesmo sendo inerente ao direito de superfície o caráter temporário, Mazzei (2012) aponta a ausência de prévio ajuste contratual de prazo e a falta de estipulações nas legislações de um prazo padrão de duração contratual um risco de violação da função social da propriedade e do contrato de concessão, além de desvirtuar um dos aspectos essenciais do instituto.

Analisando essa temporalidade da concessão do direito de superfície sob uma interpretação jurídica que respeita a realidade em que a sociedade está inserida, percebe-se a incompatibilidade com o direito de laje, pois torna a laje um instituto limitado em relação aos efeitos práticos buscados pelos habitantes dessas construções urbanas.

Todavia, é importante atribuir ao direito de superfície uma classificação primitiva do direito de laje. A lei n. 13.465/17, trouxe uma classificação única sobre o instituto, aperfeiçoando as concepções doutrinárias sobre o tema.

3.2. Aspectos do condomínio edilício comparados com o instituto lajeário

Um instituto do direito real bastante semelhante com a espécie lajeária é o condomínio edilício, que também está inserido no Código Civil de 2002. Com base no art. 1.331 do Código Civil, pode-se afirmar que o condomínio edilício é composto por múltiplas unidades autônomas, de uso exclusivo, isoladas entre si com destinação residencial ou não e áreas comuns (FRANCESCHET, 2007).

Depreende-se desse dispositivo a presença simultânea de áreas privativas e de áreas comuns, caracterizando o condomínio edilício horizontal. Por ser composto de unidades múltiplas autônomas, há certa aproximação com o instituto lajeário, gerando confusões acerca da distinção entre esses institutos.

Como preleciona Stolze (2017), para se configurar o instituto imobiliário urbano favelar é necessária a observação de alguns aspectos. Um deles é o “isolamento funcional”, inferindo-se indispensabilidade de destinação independente da construção-base.

Nesse aspecto, resta clara a semelhança entre os dois institutos, em razão de ambos abrangerem a possibilidade de conter unidades autônomas e livres destinações. Contudo, o outro aspecto apresentado por Stolze (2017) necessário para se configurar uma laje é o “acesso independente”, previsto no § 3º do art. 1.510-A, ou seja, será indispensável a construção de um meio de acesso ao imóvel lajeário ao qual terá uso privativo do proprietário da laje. Ademais, além do § 1º do art. 1.510-C da lei n. 13.465/17 trazer bastantes semelhanças com o art. 1.331, §2º, do Código Civil que determina as áreas comuns dos condomínios edilícios, nota-se, em seu caput, a possibilidade de aplicação subsidiária das regras do condomínio edilício ao direito de laje, gerando nítida confusão entre os institutos.

Consoante leitura de Farias (*et. all.*, 2017, p. 34) acerca dessa ambiguidade entre os institutos, acredita-se que “o condomínio edilício cria uma complexa relação entre propriedade exclusiva e propriedade comum, muito mais densa e firmada sobre o direito de laje”.

Segundo Camargo (2017), o condomínio edilício possui diversos aspectos únicos que destoam do instituto lajeário, como a necessidade de vinculação da unidade autônoma com uma fração do solo ao qual o condomínio está edificado. Defendendo a distinção entre os respectivos institutos, o referido autor aduz também que seria “inconcebível, por exemplo, a nomeação de um síndico para representar o interesse das partes, igualmente inaceitável a existência de cobrança compulsória de contribuição condominal” (CAMARGO, 2017, p. 4).

Ainda, deve-se ressaltar que a laje não se apresenta como uma simples mescla de propriedade comum e propriedade autônoma ou individual. Faz-se imprescindível uma interpretação teleológica acerca da lei n. 13.465/2017 para compreender que ela se destina a regularizar situações concretas e é voltada ao atendimento das demandas de um grupo de indivíduos geralmente com limitados recursos financeiros.

Em razão dessa finalidade social, não é coerente impor aos habitantes lajeários os encargos da implementação de condomínios edilícios, pois, naturalmente, requer um custo maior a ser despendido por eles.

Levando em consideração tudo que foi exposto sobre o condomínio edilício e a laje, apesar da superficial semelhança prática entre os institutos imobiliários, não há razões para relacioná-las.

3.3. O direito de laje como um direito *sui generis*

Diante das considerações anteriores acerca de institutos relacionados à laje antes da promulgação da lei n. 13.465/2017, resta cristalino afirmar que nenhum dos institutos estudados atende às demandas específicas às quais o instituto lajeário depreende.²

Em virtude dessa ausência de adequação perfeita da laje entre os institutos do direito real já concebidos, o legislador foi impelido a criar uma espécie de direito real que tentasse abranger todos os aspectos jurídicos e sociais trazidos por esse tipo de moradia tão singular.

Esse esforço legislativo é digno de mais reconhecimento, não só por dar visibilidade e importância social a um grupo marcado pela negligência do Poder Público, mas também por estar um passo a frente de diversos países que se limitam às interpretações doutrinárias para disciplinar tal instituto.

A lei n. 13.465/2017 trouxe uma nova perspectiva acerca do assunto, atribuindo à laje um caráter de direito autônomo, constituindo um novo tipo de propriedade, assim como disserta Farias (*et. all.*, 2017).

Outrossim, a partir da análise realizada sobre os institutos relacionados à laje no direito de superfície, percebe-se que eles nunca iriam abarcar todos as expectativas de efeitos que a população favelar busca com o reconhecimento desse direito.

Consoante Farias (*et. all.*, 2017), os defensores da perspectiva que reconhece o direito de laje como uma espécie de direito de superfície estão submetendo o direito de laje à uma limitação de sua funcionalidade própria, reduzindo a laje à uma natureza acessória.

Um dos efeitos práticos do reconhecimento da laje como um instituto *sui generis*, autônomo e independente é a impossibilidade de registro duplo em um só imóvel, defendido pela concepção superficiária da laje. O caráter autônomo do instituto lajeário prima pela necessidade de registro da laje como unidade distinta da construção-base constituída de matrícula própria como aduz o art. 1.510-A, § 3º da referida lei, tornando-a uma propriedade plena.

Além do registro imobiliário independente, outro efeito singular da laje é a possibilidade de a possibilidade do lajeário usar, fruir e dispor livremente da laje, conferindo ao proprietário do imóvel em estudo poderes incompatíveis a quem se encontra em uma situação de subordinação.

Dessa forma, depreende-se a laje é um instituto único e que não deve ser reduzido para se adequar a outros institutos que não só os limitaria, mas desvirtuaria o propósito da sua regularização.

De outro giro, em virtude dos poucos dispositivos que a regularizam, não foi exaurido em lei todos os efeitos do reconhecimento do direito de laje. Farias (*et. all.*, 2017), já apresentou alguns desses possíveis efeitos como o trânsito jurídico regularizado e a dação em garantia real do direito de laje.

Nesse íterim, cumpre ressaltar a nítida potencialidade do instituto, especialmente pela amplitude das garantias dadas ao lajeário em usar, gozar, dispor dessa propriedade autônoma.

Em suma, deve-se ressaltar que essa legislação atribui ao instituto lajeário natureza jurídica de direito real autônomo, distanciando-se da natureza acessória doutrinária ao qual era comumente associada.

² Sobre os desafios na indeterminação de conceitos e institutos jurídicos ver Marisa Vila (2018).

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

Além disso, já é possível vislumbrar contribuições significativas dessa classificação inovadora, como a matrícula própria e independente de inúmeras lajes, concedendo não apenas o caráter legal, bem como a regularidade dos negócios jurídicos advindos do registro imobiliário do instituto.

3.4. Efeito jurisprudencial do direito de laje

Após considerações acerca da acepção mais coerente com o instituto lajeário, faz-se necessário um estudo sobre os efeitos práticos jurisprudenciais trazidos por essa nova legislação.

Ora, com a recente atribuição de direito real pleno ao direito de laje, resta clara a possibilidade de configurar objeto de ação judicial.

Nesse ínterim, esse entendimento de garantia de meios aquisitivos judiciais para habitantes do instituto lajeário foi recentemente reconhecido jurisprudencialmente pelo Juízo de uma das varas cíveis da comarca de Recife/PE, em sentença publicada em 14 de julho de 2017 (AFFE, 2017).

Em pronunciamento ao sítio eletrônico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (2017), o Juiz de Direito Rafael José de Menezes, responsável pela referida sentença, comentou sobre a subsunção do direito de laje para dirimir duas ações de usucapião trazidas a lume, sendo que em uma delas, a parte autora requeria usucapião da parte de baixo de uma casa; e na outra, a filha da parte autora do processo anterior pedia usucapião da parte de cima.

É possível declarar que mesmo sob o tratamento doutrinário reputado à laje antes da promulgação da lei n. 13.465/2017, já era possível a garantia dos direitos reivindicatórios por meio de ações próprias de direitos reais limitados, *in casu*, o direito de superfície. Todavia, com essa regulamentação própria que atribui a laje natureza real plena, permite-se ser objeto legal de ações judiciais.

Ademais, ressalta-se que mesmo com o amparo doutrinário a favor da tutela judicial de tal direito, não havia jurisprudências sobre o tema em virtude da ausência de qualquer previsão legal do instituto, gerando o inevitável sentimento de insegurança jurídica aos lajeários.

Hoje, com a devida previsão legal, já é possível contemplar a primeira jurisprudência sobre a laje tutelada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto direito à laje foi inserido no ordenamento jurídico mediante uma Medida Provisória. A estranheza pela forma como o instituto foi inserido no Código Civil brasileiro foi logo percebido por grande parte dos doutrinadores nacionais.

No Brasil, os usos banalizados de Medida Provisória em quaisquer matérias, que é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência, tem despertado interesse e atenção dos juristas. Com a introdução do direito de laje ao rol dos direitos reais não foi diferente.

No entanto, a MPV n. 759, de 22 de dezembro de 2016, além de incluir o direito de laje, perseguia outros objetivos de alta relevância, pois instituiu alterações na política de regularização fundiária rural e urbana.

Com seu trâmite no Congresso Nacional, a MPV transformou-se em lei n. 13.465, em 11 de julho de 2017, oportunidade em que consolidou partes das reformas propostas por congressistas e especialistas na área de urbanismo, juristas e sociólogos, entre outros, para aquilo que seria o direito de laje.

Na prática, a inclusão do direito de laje como um direito real possibilitou a concretização e regularização do direito de moradia de centenas de pessoas que, em condições irregulares, passariam a ter meios adequados e legais de permitir o desmembramento da propriedade. Caberia ao proprietário de uma construção-base a faculdade de ceder a superfície superior ou inferior de sua construção para que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

Neste estudo, pode-se observar que a natureza jurídica do direito de laje envolveu disputas de várias matrizes. Em parte, a forma como o direito civil opera suas classificações e subdivisões dogmáticamente contribuiu para as inúmeras divergências. Por outro lado, o direito de laje possui semelhanças com os institutos do direito de superfície e de condomínio edilício.

Essas semelhanças não foram suficientes para abarcar as complexidades que o instituto visava resolver e, nesse quadrante, foi apresentado as suas especificidades em diálogos com outras modalidades, sob os ditames do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Cidade de 2001, além de analisar suas subespécies que guardam muitas semelhanças com o instituto da laje, mas que ainda não abrangem todas os pormenores que compõem esse novo direito, especialmente pela subordinação inerente ao direito superficiário incompatível com a potencialidade do direito autônomo de laje.

Outro instituto do direito real trazido à lume foi o condomínio edilício, em que também possui diversas similitudes com a laje, mas com ela não se confunde, especialmente pela simplicidade desse instituto imobiliário que não compatibiliza com todas as normas e exigências do condomínio.

Desse modo, resta declarar a distinção da laje de todos os institutos reais já previstos no diploma civilista vigente. O direito de laje é possui a natureza jurídica de um direito singular, *sui generis*, autônomo e independente da construção-base que a originou e possui um potencial ainda não delimitado. Esse foi o objetivo da lei n. 13.465/2017 ao atribuir ao instituto lajeário um caráter *sui generis*, pois atende mais prontamente às demandas sociais presentes no meio favelar urbano.

Todavia, ressalva-se a necessidade de uma legislação que traga mais pontos destoantes dos outros institutos aqui analisados, especialmente no tocante ao condomínio edilício ao qual possui dispositivos no diploma legal bastante semelhantes com os lajeários, até mesmo no que toca às áreas comuns.

Esse esforço normativo, além de possibilitar importantes mudanças sociais na regularização de inúmeras propriedades antes consideradas irregulares e sem acesso à inúmeras políticas de bem-estar e de moradia, torna o Brasil um dos pioneiros na disciplina de tal direito, diferente de tantos outros países que se limitam às interpretações doutrinárias.

REFERÊNCIAS

AFFE, Juliana. **Direito de laje é reconhecido em ação de usucapião. Juiz de Direito de Pernambuco prola a primeira sentença do país após a edição da Lei n. 13.465/2017.** Disponível em: <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/direito-de-laje-e-reconhecido-em->

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

acao-de-usucapiao-juiz-de-direito-de-pernambuco-prolata-a-primeira- sentenca-do-pais. Acesso em: 07 abr. 2018.

AMARANTE, Fernanda Machado. O pluralismo jurídico e o direito de laje. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3403, 25 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22888>. Acesso em: 19 fev. 2018.

AZEVEDO, Aluísio. **O Cortiço**. 1890. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ua00021a.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BERNARDI, Jorge Luiz. **Funções sociais da cidade: conceitos e instrumentos**. 2006. 137f. Dissertação (Mestrado) Gestão Urbana. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: PUC-PR, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Cidade de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 17 fev. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 17 fev 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759. Cartilha de Esclarecimentos – regularização fundiária urbana e rural** – Disponível em: http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_1763/CARTILHA%20-%20MP%20759%20-%20VERS%20BO%20FINAL.PDF. Acesso em: 22 fev 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759 de 2016**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/127879>. Acesso em: 25 fev 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.465 de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 20 fev 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Deputado explica por que apoia a MP que prevê o “direito de laje”**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/materias.html>. Acesso em 21 fev 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 26ª Vara Cível da Comarca de Recife. **Ação de Usucapião: Processos nº 0027691- 84.2013.8.17.0001 e 0071376-44.2013.8.17.0001**, José Carlos da Silva E Luziana Pereira da Silva; Ladyane Carla de Araújo Silva, 2013.

CAMARGO, Marco Antônio de Oliveira. **Direito de laje. Explicando para quem quer entender**. 2017. Disponível em: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTA2MQ==>. Acesso em 05 de abr de 2018.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado nº 487**. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/487>. Acesso em 04 de abr de 2018.

CORREA, Cláudia Franco. Direito de laje: o direito na vida e a vida no direito. Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi. Brasília: Conpedi, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_773.pdf. Acesso em 30 de jun. de 2011.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 55-70, jul./dez., 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; DELBS, Martha El; e DIAS, Wagner Inácio. **Direito de Laje**. Salvador: Ed JusPodivm, 2017.

FERRARO, Valkíria A. Lopes. Direito de Superfície: Um Paralelo Entre o Estatuto da Cidade e o Novo Código Civil. **Revista Jurídica da UniFil**, Ano II - nº 2, 2005. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-8.pdf. Acesso em 04 abr 2018.

FRANCESCHET, Júlio. **O Condomínio Edifício sob a Perspectiva Civil-Constitucional**. 2007. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MjA5.pdf>. Acesso em: 05 de abr de 2018.

GUINSBURG, J.; FARIA, João Roberto (orgs.). **O Naturalismo**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LIRA, Ricardo Pereira. O Novo Código Civil, Estatuto da Cidade, Direito de Superfície. 2002a. **Anais do “EMERJ Debate o Novo Código Civil”**. Disponível em [www.http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_145.pdf) Acesso em: 18 de fev 2018.

LIRA, Ricardo Pereira. **O estado social e a regularização fundiária como acesso à moradia**. 2012. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista38e39.pdf>. Acesso em 18 fev 2018.

LIRA, Ricardo Pereira. O Direito de Superfície e o Novo Código Civil. **Revista Forense**, Separata, vol. 364, 2002b.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Direito de Laje e superfície**. 2017. <http://iregistradores.org.br/direito-de-laje-e-superficie/>. Acesso em 05 de abr de 2018.

MAZZEI, Rodrigo. **O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: PUC-SP, 2007.

MAZZEI, Rodrigo. **O Direito de Superfície e a Sobrelevação (O Direito de Construir na Edificação Alheia ou “Direito de Laje”**. Revista Forense. Julho-Dezembro de 2012. Volume 416 – Ano 108.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Cartilha Regularização Fundiária Urbana**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/2017%20-%20Cartilha%20regulariza%C3%A7%C3%A3o%20fundia%C3%A1ria.pdf>. Acesso em 06 mar 2018.

OLIVEIRA, Samuel Silva Rodrigues de. **“Trabalhadores Favelados”**: identificação das favelas e movimentos sociais no Rio de Janeiro e em Belo Horizonte. Doutorado em História, Política e Bens Culturais. CPDOC – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PESSOA, Emanuel de Abreu. A constitucionalização da função social da propriedade: alteração na dogmática do Direito Civil. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, Vol. 7, número especial, p. 65-75, 2010.

PORTUGAL. **Código Civil de 1966**. Disponível em: http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf. Acesso em: 18 fev de 2018.

Direito de laje: da importância social e das controvérsias quanto ao direito de superfície e ao condomínio edilício

PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. **O Direito de Superfície, O “Direito de Laje” e o Reflexo no Direito Urbanístico**. 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28587/1/O%20DIREITO%20DE%20SUPERFICIE.pdf>. Acesso em: 08 de fev de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada**. 1973. Disponível em: <http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>. Acesso em: 04 mar 2018.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **O Direito de Superfície**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB. São Paulo, 2012.

STOLZE, Pablo. **Direito Real de Laje: Primeiras impressões**. 2017. Disponível em: http://pablostolze.com.br/?s=laje_. Acesso em: 20 de mar de 2018.

SUPPIA, Alfredo; SCARABELLO, Marília. **“As reformas do Rio de Janeiro no início do século XX. Cidade é transformada para responder aos apelos do mundo que se moderniza”** 2014. Disponível em: <http://pre.univesp.br/as-reformas-do-rio-de-janeiro-no-inicio-do-seculo-xx#.WslcKYjwbIV>>. Acesso em 02 de abr 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 4: Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TESHIMA, Márcia; PONA, Everton Willian. Do Direito de Laje: Uma Visão Mitigada do Direito de Propriedade ao Direito à Moradia. **Hiléia: Revista do Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, n. 19, jan. jun., 2013, p. 215-250.

VILA, Marisa Iglesias. Las fuentes de indeterminación del derecho: una aproximación filosófica. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 2, n. 3, jan./jun., 2018, p. 21-47.

Recebido em: 10 jun. 2018.

Aceito em: 4 nov. 2018.

CONFLITOS DIGITAIS: CIDADANIA E RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS LIDES CIBERNÉTICAS

Dirceu Pereira Siqueira

Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direito no Centro Universitário de Maringá - PR (UniCesumar); Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do Séc. XX da Universidade de Coimbra. Doutor (2013) e Mestre (2008) em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru; Especialista (2006) Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Graduado em Direito (2002) pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP); Professor nos cursos de Graduação em Direito do Centro Universitário de Bebedouro (UNIFAFIBE), Centro Universitário Unifeb (UNIFEB) e da Universidade de Araraquara (UNIARA).
dpsiqueira@uol.com.br

Danilo Henrique Nunes

Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Docente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unifeb. Advogado.
dhnunes@hotmail.com

RESUMO: A Internet é hoje a mais poderosa ferramenta de comunicação, pesquisa e entretenimento utilizada pela humanidade em uma escala global. Entretanto, o comportamento individual e coletivo das pessoas na internet em muito se diferencia da conduta social comum de tais pessoas, o que não significa necessariamente que a internet é tida como “terra de ninguém”, isentando as pessoas de uma conduta adequada nos espaços digitais. Dentro desse contexto emerge o conceito da Cidadania Digital, correspondente ao uso das inovações tecnológicas de modo adequado, estabelecendo uma série de quesitos condizentes com o comportamento dos usuários e o uso em caráter geral da internet e de outras plataformas digitais. O presente artigo científico busca aprofundar conhecimentos acerca da Cidadania Digital, passando por questões jurídicas como os Direitos e Deveres, as lides decorrentes da via digital e as questões envolvendo a responsabilidade civil dos usuários, correlacionando o ordenamento jurídico pátrio e o conceito da cidadania digital.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania Digital. Direitos e Deveres. Lides Cibernéticas. Responsabilidade Civil. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Digital conflicts: citizenship and civil liability in the field of cyber breach

ABSTRACT: The Internet is today the most powerful communication, research and entertainment tool used by mankind on a global scale. However, the individual and collective behavior of people on the Internet is very different from the common social conduct of such people, which does not necessarily mean that the internet is considered as "no man's land", ex-

empting people from proper conduct in digital spaces . Within this context emerges the concept of Digital Citizenship, corresponding to the use of technological innovations in an appropriate way, establishing a series of requirements that are consistent with the behavior of users and the general use of the Internet and other digital platforms. The present scientific article seeks to deepen knowledge about Digital Citizenship, passing through legal issues such as Rights and Duties, disputes arising from the digital path and issues involving civil liability of users, correlating the legal order of the country and the concept of digital citizenship.

KEYWORDS: Digital Citizenship. Rights and duties. Cybernetic Lids. Civil liability. Brazilian Legal Order.

INTRODUÇÃO

Inegavelmente, a tecnologia transformou de maneira significativa a percepção humana acerca das principais áreas de conhecimento da humanidade na atualidade. Alteraram-se preceitos fundamentais da economia, da política, da educação e até mesmo o modo como as pessoas se comunicam e obtém e disseminam informações. Com o desenvolvimento tecnológico acelerado, a tecnologia passou a integrar no cotidiano humano de forma ímpar e notável, norteadando inclusive os processos de compra e venda na contemporaneidade.

Essa integração tecnológica que se tornou emblemática através da popularização dos smartphones, do advento das redes sociais e do uso das mais variadas tecnologias no âmbito cotidiano da pessoa. A internet transformou-se em um mundo digital, que conta com um imenso fluxo de pessoas e informações. A possibilidade de anonimato decorrente do direito à privacidade e à liberdade e outros aspectos correlatos, entretanto, trazem à tona uma série de desafios.

A concepção de que a internet é uma “terra-de-ninguém”, onde não precisam ser respeitadas as leis, direitos e deveres que permeiam o dito ‘mundo real’ vem sendo aos poucos derubadas. Mesmo com o anonimato, há diversas formas de identificar as pessoas e obriga-las a reparar um determinado dano que fora inferido no meio digital. Os comportamentos inadequados, assim, vêm sendo coibidos na internet, a exemplo do que acontece na vida que ocorre fora dela.

Dentro desse contexto, surge o instituto da cidadania digital, que visa a concretização e o exercício da cidadania nas sociedades digitais, contemplando uma série de normas que norteiam a conduta e o comportamento adequados para os utilizadores dos meios digitais, sobretudo da internet. Essa cidadania digital é um conceito relativamente recente e é abordada seguindo uma série de elementos que a caracterizam como um todo.

O presente artigo científico busca a realização de uma análise acerca da cidadania digital como um todo sob as perspectivas e óticas jurídicas. Para tanto, o artigo em questão será desenvolvido em quatro capítulos distintos, que contribuem para a produção de resultados e conclusões correlacionados a tal fenômeno: o capítulo dois busca a realização de uma apresentação conceitual acerca da cidadania e do cidadão digital, identificando e analisando os nove elementos norteadores idealizados por Ribble (2010); já o capítulo três abrange a cidadania digital sob a perspectiva dos direitos e deveres, contemplando que inevitavelmente, um indivíduo que contrai direitos, irá contrair responsabilidades e deveres, sobretudo no mundo digital; o quarto capítulo parte de questões envolvendo os crimes cibernéticos para aprofundar as lides cibernéticas sob a ótica da cidadania digital; o quinto capítulo abrange a responsabilidade civil (ou seja, a obrigação de reparar dano causado a outrem) como um método de assegurar que a cidadania digital e a cidadania como um todo sejam exercidas de maneira plena.

Para não se ater tão somente a aspectos teóricos, são elaborados ao longo do presente estudo exemplos práticos fictícios que contemplam um melhor entendimento das questões aqui expostas. Esses exemplos são fundamentos a partir da interpretação e da compreensão dos conhecimentos aqui exibidos.

1. CIDADANIA DIGITAL E O CIDADÃO DIGITAL: CARACTERIZAÇÃO

Uma vez que há um crescimento em ritmo estrondoso acerca do uso da Internet e de outras tecnologias como os smartphones e tablets, surgiram uma série de novos conceitos: o marketing digital, o ciberespaço, os crimes virtuais, dentre outros. Um tema que vem ganhando grande destaque na atualidade, entretanto, é o conceito de cidadania digital, o qual será aprofundado no presente capítulo.

Neves (2010) aponta que devido à globalização da internet e das tecnologias, uma das tendências sociais da sociedade contemporânea se encontra no individualismo em rede (comunidades dispersas na via digital que ligam os indivíduos, sem atender às limitações físicas do espaço), estabelecendo um novo sistema de relações sociais cujo centro é o indivíduo, que escolhe as redes das quais almeja participar o que pretende com essa escolha. Cidadão digital é um conceito atrelado ao individualismo, segundo a autora, e corresponde vulgarmente a qualquer pessoa que utilize a internet, entretanto, há uma série de outras nuances a serem aprofundadas quando tratamos do cidadão digital.

Nos estudos de Patrocínio (2003) o cidadão digital é trabalhado como não tão somente um indivíduo que detém acesso à internet, mas sim como um ser que participa ativamente, agindo como um sujeito político dentro do ciberespaço. Isso implica que o ‘netcidadão’ é uma figura que forma um novo tipo de relação política, buscando soluções construtivas para os problemas e desafios que emergem e fazendo uso da internet para figurar como um indivíduo que atua em prol de questões importantes.

De acordo com essas concepções, o cidadão digital seria aquele que ‘produz’. Um exemplo claro de cidadão digital é o criador de conteúdo da Wikipedia: o mesmo se torna um colaborador diante da comunidade digital, concedendo informações precisas e conhecimentos necessários para outros indivíduos. Em contrapartida, há uma série de informações falsas e imprecisas na mesma Wikipedia, inseridas nesse portal com o intuito de promover a desinformação, o que não é feito por um cidadão digital.

Segundo Sebastião, Pacheco e Santos (2012) também conceituam a cidadania digital a partir da utilização de ferramentas digitais enquanto que potencializam a participação política na medida de sua valorização por parte dos cidadãos digitais. O exemplo trabalhado pelos autores questiona se, de fato, as ferramentas digitais podem ser dotadas de caráter político: trata-se da petição digital, que busca a assinatura digital dos cidadãos em prol de uma determinada causa ou evento. Para os autores, é indispensável considerar que a petição em caráter geral possui um caráter meramente simbólico, mas que a petição digital assume o mesmo caráter das petições tradicionais fazendo uso tão somente do acesso à internet. Com a atuação política dos usuários, os mesmos se tornam cidadãos digitais no sentido amplo do termo e contribuem para a produção da cidadania digital.

Assim, os usuários da internet e de outras tecnologias podem fazer o uso adequado ou inadequado desta. O conceito de cidadania digital está relacionado justamente ao modo de uso da internet e de ferramentas digitais por parte dos seus usuários, de modo que o conceito diz

respeito justamente às normas de comportamento adequado e responsável em face do uso de tecnologias.

1.1. Os nove elementos da cidadania digital

Para melhor compreensão acerca do conceito de cidadania digital e no que a existência dela implica, se faz de fundamental importância conhecer os ditos nove elementos da mesma. Esses nove elementos foram extraídos a partir do documento elaborado por Ribble (2010) e são a base fundamental para a devida compreensão acerca da cidadania digital em sentido estrito. Aprofundando o documento elaborado pelo autor, os nove elementos da cidadania digital serão aprofundados de modo sintetizado no presente subcapítulo, abaixo:

O primeiro elemento (*Etiqueta Digital*) está relacionado aos padrões (ou procedimentos) de conduta na via eletrônica e é, de acordo com o autor, um dos problemas mais evidentes da Cidadania Digital. Os comportamentos inadequados em tal meio são percebidos quando observados, mas as pessoas ao entrarem no mundo digital não sabem no que consiste a etiqueta digital, que nada mais é do que o conjunto de normas e procedimentos de condutas adequados a tal meio. Trata-se de uma concepção que envolve o uso adequado e responsável dos usuários digitais e do ato de ensinar todos os que estão em tal meio em tornarem-se cidadãos digitais responsáveis na sociedade digital;

A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas (segundo elemento - *Comunicação Digital*), o que não ocorria em épocas anteriores, com a comunicação por cartas ou mesmo com a comunicação pelos telefones fixos, por exemplo. As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. Uma vez que todos contemplam oportunidades de se comunicar e colaborar com qualquer pessoa, em qualquer momento e em qualquer lugar, é necessário versar sobre as decisões apropriadas para cada momento e opção advinda da comunicação digital;

O terceiro elemento - *literacia digital*, basicamente consiste no processo de ensinar e aprender sobre a tecnologia e sobre seu uso. As novas tecnologias, segundo o autor do documento não vem sendo ensinadas de modo adequado na escola (como vídeo conferências ou comunidades digitais como as *wikis*), mas passam a ocupar um lugar importante no mundo do trabalho. A necessidade de obtenção de informação *just-in-time* (informação imediata) requer capacidades sofisticadas de pesquisa e do modo de processar a informação (literacia). Assim, os alunos devem ser ensinados a aprender dentro da sociedade digital. Sempre que surge uma nova tecnologia é necessário pensar sobre ela e sobre seu uso e a cidadania digital envolve ensinar as pessoas de uma nova maneira, dominando a literacia da informação;

O quarto elemento - *acesso digital*, está relacionado à participação eletrônica plena em nossa sociedade. Quem faz uso da tecnologia deve estar consciente e apoiar o acesso eletrônico para todos promovendo a amplitude da Cidadania Digital, isto pelo motivo de que a exclusão digital é um conceito não abarcado pela Cidadania Digital dentro da sociedade eletrônica. Todos os indivíduos devem ter o acesso pleno e equitativo à tecnologia, de modo que os locais que contam com conectividade limitada também precisam ser contemplados por esse elemento, visando igualar as oportunidades de acesso digital em um novo patamar;

Em relação ao quinto elemento, “*comércio digital*”, representado pela economia de mercado se concretiza de modo eletrônico, de modo que é indispensável abordar a compra e troca eletrônica de bens na via digital. Deve-se aceitar que compras e trocas legítimas e legais

estão ocorrendo na internet, mas tanto o vendedor quanto o consumidor devem ter ciência acerca dos problemas associados às transações. No mesmo sentido há uma série de serviços e bens ilegais ou imorais presentes na internet, como a pornografia e os jogos de azar. Esse elemento diz respeito à utilização adequada do comércio digital dentro da economia digital;

O sexto elemento, representado pela “*lei digital*”, trata da ética da tecnologia na sociedade, ou seja, da responsabilidade eletrônica sobre as obras e ações por parte do usuário. O uso não-ético das tecnologias se manifesta sob formas de roubo ou do cometimento de crimes, enquanto o uso ético se manifesta respeitando as leis da sociedade. Os usuários das tecnologias devem compreender que roubar ou causar danos ao trabalho, à identidade ou à propriedade online é um crime. As regras da sociedade devem estar inseridas dentro de um contexto ético, de modo que as leis se aplicam a qualquer pessoa que está na internet. Fazer uso de informações de terceiros de modo ilegítimo, usurpar informações de terceiros, transferir ilegalmente músicas, plagiar, criar vírus e enviar spams são exemplos de condutas que vão contra a lei digital;

Os “*direitos e responsabilidade digital*” representam o sétimo elemento e parte da prerrogativa de que, assim como nas constituições, existe uma Declaração de Direitos Básicos que são estendidos a todos os cidadãos digitais, os quais tem direito à privacidade e à liberdade de expressão, por exemplo. Os direitos digitais básicos devem ser abordados, discutidos e compreendidos no mundo digital, sobretudo diante das responsabilidades advindas da concessão de tais direitos. Os utilizadores devem contribuir para definir como a tecnologia pode ser utilizada de forma adequada;

O oitavo elemento, representado pela “*saúde e bem-estar digital*”, trata do bem-estar físico e psicológico dos indivíduos dentro do contexto da sociedade tecnológica. A segurança da visão, de lesões por esforço repetitivo e de boas práticas ergonômicas devem ser abordadas de modo congruente em um novo mundo tecnológica. Além dos problemas físicos, outros problemas psicológicos (como a dependência ao uso da internet, ou o ‘vício’ em seu uso) devem ser abordados. Basicamente, esse elemento está condicionado ao ensino de que há perigos inerentes à tecnologia e a cidadania digital deve incluir uma cultura na qual os utilizadores devem ser ensinados a se protegerem através da educação e da formação;

O nono elemento, “*segurança digital (ou autoproteção)*”, trata das precauções para garantir a segurança em um mundo eletrônico. Em qualquer sociedade há indivíduos que cometem delitos e perturbam as pessoas e essa mesma prerrogativa é válida para a comunidade digital. Se em nossas casas fazemos uso de fechaduras e alarmes de incêndio para obter um certo nível de proteção, o mesmo deve ser feito para a segurança digital, não bastando tão somente confiar nos outros utilizadores para assegurá-la. Trata-se das proteções contra vírus, das cópias de segurança de nossos dados e dos mecanismos de controle de nossos equipamentos. Como cidadãos digitais responsáveis, devemos proteger a nossa informação de terceiros que almejem provocar danos ou perturbações;

Esses são os nove elementos que norteiam a cidadania digital. Conforme exposto, a cidadania digital não é nada mais do que a consolidação da cidadania que detemos no mundo real dentro do contexto das novas tecnologias e da concretização e consolidação de um novo mundo tecnológico.

2. CIDADANIA DIGITAL: DIREITOS E DEVERES

Uma vez que já foram apresentados os principais pressupostos e fundamentos da cidadania digital, torna-se possível aprofundar questões envolvendo os direitos e deveres dos utilizadores no âmbito digital.

De acordo com Gentilli (2002) sempre que se fala em cidadania, é indispensável falar sobre o exercício de direitos por parte dos indivíduos. Em contrapartida, esses direitos culminam no fato de que são contraídos também deveres a serem cumpridos por parte dos mesmos indivíduos. Todo indivíduo que detém direitos em uma sociedade, deve também deter deveres.

Essa perspectiva é trabalhada por Ribble (2010) ao estruturar o sétimo elemento da cidadania digital (Direitos e Responsabilidades), prerrogativa que assimila a participação dos cidadãos que contraem direitos e deveres na sociedade dentro do mundo digital. Isso significa que o cidadão digital tem, por exemplo, Direito à Privacidade, mas o que o utilizador faz com sua privacidade é de sua responsabilidade, tendo o dever de cumprir às normas que vigoram na sociedade digital.

O mesmo exemplo pode ser abordado dentro do contexto da liberdade de expressão. O utilizador tem direito a manifestar suas ideias e pensamentos de maneira livre. Entretanto, o utópico sentimento de ‘anonimato’ que as pessoas têm na internet, não assegura que os utilizadores possam, por exemplo, destilar discursos de ódio na internet.

Os Direitos e Deveres presentes nas sociedades digitais não deixam de existir fora dela. Uma pessoa que ataca a outra com dizeres racistas na internet, por exemplo, pode responder civil e criminalmente por suas ações. O mesmo vale para transações fraudulentas na internet, como ao comercializar um produto falso ou a criar golpes com o intuito de obter lucros dentro do mundo digital.

3. AS LIDES CIBERNÉTICAS E A CIDADANIA DIGITAL: UMA ANÁLISE COM ÊNFASE NOS CRIMES CIBERNÉTICOS E EXEMPLOS PRÁTICOS

A resolução de conflitos é outro aspecto intimamente atrelado à cidadania digital. Para que possamos abordar as lides cibernéticas, tomaremos como exemplo as prerrogativas dos crimes cibernéticos. Evidentemente, com o surgimento e expansão da internet, a plataforma virtual passou a se tornar cada vez mais abrangente, dinâmica e atrativa não tão somente aos usuários comuns, mas também para diversas empresas que encontraram na internet um meio de acumular e disseminar informações de maneira ágil e, em tese, mais segura.

A criminalidade, entretanto, também age dentro da grande rede de computadores. Vargas (1995) leciona que sempre que incide atividade criminosa dentro da informática, estamos tratando de um crime cibernético, isto é, um crime que ocorre dentro do universo cibernético. Tais crimes passam a ser cometidos em ampla escala na contemporaneidade. Cassanti (2014) leciona que os crimes cibernéticos são praticados de maneira intencional por indivíduos que fazem uso da plataforma virtual para obterem indevidamente informações e dados por parte de terceiros sem contarem com o devido acesso a tais informações. O autor contempla o roubo de tais dados ou informações como a característica fundamental para que seja estabelecido e caracterizado o crime cibernético, dando ênfase para a utilização indevida de tais dados, violando os preceitos que norteiam a utilização da internet e obtendo vantagens indevidas ou causando prejuízo a terceiro mediante à exploração de tais informações.

O senso comum, aponta os hackers como as principais figuras criminosas dentro da internet, todavia, tal afirmação é incorreta, visto que ainda que segundo Lemos (2007) os hackers são figuras que possuem um grande domínio e conhecimento notável em relação ao trabalho virtual, empregando seus esforços e tal conhecimento notável para objetivarem melhorias nos sistemas de segurança e em softwares em caráter geral. De modo geral, os hackers utilizam técnicas especiais para procurarem por falhas e romperem barreiras de segurança dentro de um determinado sistema.

Cassanti (2014), entretanto, associa os crimes cibernéticos de maneira mais ampla com os crackers do que com os hackers, lecionando inclusive que ambas as figuras atuam no ambiente cibernético de maneira segregada. O autor leciona que, ao contrário da atuação dos hackers, a atuação dos crackers se dá no sentido de romper códigos e barreiras de segurança para que sejam alcançados objetivos criminosos, nos termos já apresentados no presente estudo.

Castells (2003), no mesmo sentido, leciona que o termo Cracker foi desenvolvido pelos próprios hackers na década de 1980, visto que os mesmos eram tidos como os criminosos cibernéticos, realizando a distinção entre os termos hacker e cracker. Partindo dessa premissa, colocam-se hackers e crackers em duas condições distintas: Os primeiros não visam causar danos e prejuízos a terceiros, enquanto os crackers voltam suas atividades para tais fins. De tal modo, os crackers são as principais figuras dentro do meio cibernético que fazem uso da internet para realizarem golpes e fraudes em todo o mundo, inclusive no Brasil. A popularização da internet, imediatamente trouxe para o meio virtual usuários e empresas que antes não faziam uso do mesmo e doravante passam a utilizá-lo com mais afinco. Os crackers, conhecendo tais sistemas de maneira abrangente, fazem uso de seus conhecimentos para realizarem atividades criminosas.

Dentro do contexto do cometimento de crimes cibernéticos (que vão contra a cidadania digital) é indispensável versar acerca do surgimento de conflitos que surgem a partir de tais ações criminosas.

Em um exemplo prático: supomos que um cracker faz uso de programas indevidos para roubar as informações de terceiros. Em posse dos dados do cartão de crédito da sua vítima, o mesmo efetua uma série de compras online. Esse criminoso pode ser identificado, por exemplo, ao solicitar que a entrega dos produtos adquiridos seja realizada em seu domicílio. Diante disso, surge a Lide, pois, uma vez que o criminoso é identificado, a vítima almeja que tal conflito seja sanado, com uma determinada pretensão, desejando que o criminoso seja punido e que os valores adquiridos de maneira indevida sejam ressarcidos.

Sob as perspectivas dos crimes cibernéticos, entretanto, não nos atemos tão somente aos crimes que envolvem prejuízos financeiros. Vamos trabalhar o mesmo exemplo supramencionado, entretanto, nesse caso, a pessoa não identificou objetivamente o criminoso e deduziu que algum desafeto seria o responsável pelo roubo de suas informações de cartão de crédito.

Mesmo sem a confirmação do autor do crime, a vítima vai às redes sociais e expõe o ocorrido, acusando seu desafeto de se apropriar de modo ilegal de suas informações, proferindo xingamentos a um terceiro que não teve participação na atividade criminosa e, portanto, é inocente. Nesse caso, a pessoa que fora vítima do crime de roubo digital, passa a se tornar a autora do crime de injúria e difamação.

Surge, nesse momento, uma nova Lide. A pessoa que fora acusada e difamada injusta e publicamente pode almejar que o conflito seja resolvido judicialmente, tendo a pretensão, digamos, de uma retratação pública por parte da autora do crime ou do pagamento de uma inde-

nização por danos morais. Destaca-se ainda que mesmo que a pessoa vá a público para exaltar ou elogiar o criminoso devidamente identificado ou o ato criminoso publicamente se configura o crime de apologia de crime ou de criminoso na internet, conforme enunciado por Santos, Martins e Tybush (2017).

Nesse sentido:

A existência do Direito está associado a jurisdição, e que sua função jurisdicional de resolução de conflitos entre pessoas e comunidades no espaço virtual, e de tutela jurisdicional do Poder público ou seja esteja conexas ao Estado. Ao que se trata dos crimes virtuais são os delitos praticados por meio da Internet que podem ser enquadrados no Código Penal brasileiro, e os infratores estão sujeitos às penas previstas na lei. O Brasil é um país que não tem uma legislação definida e que abranja, de forma objetiva e geral, os diversos tipos de crimes cibernéticos que ocorrem no dia a dia e que aparecem nos jornais, na televisão, no rádio e nas revistas. Na ausência de uma legislação específica, aquele que praticou algum crime informático deverá ser julgado dentro do próprio Código Penal, mantendo-se as devidas diferenças. Se, por exemplo, um determinado indivíduo danificou ou foi pego em flagrante danificando dados, dados estes que estavam salvos em CDs de sua empresa, o indivíduo deverá responder por ter infringido o artigo 163 do Código Penal, que é "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa" (SANTOS; MARTINS; TYBUSCH, 2017, p. 7).

Ora, as lides existentes no mundo digital podem e devem ser sanadas, fazendo uso da justiça. Atrelando tal tópico à cidadania digital, conclui-se que as práticas imorais e delituosas acabam tendo o escopo legal para a resolução de conflitos com base no ordenamento jurídico pátrio.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A CIDADANIA DIGITAL

No presente capítulo será abordada a responsabilidade civil com enfoque na cidadania digital. Para tanto, se faz indispensável apresentar o instituto da responsabilidade civil, contextualizando-o com a cidadania. De acordo com Guerra (2010) nos tempos iniciais da raça humana, os danos não eram contemplados pelo direito, de modo que não se cogitava a culpa e o agredido se voltava diretamente contra a agressão de modo selvagem e impreciso, sem qualquer possibilidade de que a vítima reagisse contra o agente causador do prejuízo com qualquer formalidade, de modo que o dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do indivíduo. Tal processo é denominado vingança privada.

De fato, o dano provoca naturalmente uma vontade de vê-lo ser reparado por parte da vítima. Entretanto, antes do advento ao Direito, não havia qualquer meio de reparação do dano sem que fosse instaurada a vingança privada. O autor supramencionado aponta que a reparação do mal através do mal por meio de pura vingança da vítima contra o ofensor pelo prejuízo ocasionado não cogita qualquer noção sobre culpa ou ressarcimento. A 'vingança', que antes era desregrada, passou ao domínio jurídico, sendo permitida ou proibida e executada de acordo com as condições estabelecidas por decisão proferida a partir de representantes do poder público.

E é justamente através de tal concepção que pode ser caracterizada a responsabilidade civil. De acordo com Sampaio (2003) a responsabilidade civil pode ser conceituada na reparação de dano que uma pessoa causa a outra, determinando em quais condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano que foi causado a outra pessoa e quais os termos e medidas que retratam a obrigação de reparação do dano, a qual, no âmbito civil, é quase sempre pecuniária (pagamento em dinheiro), independente do dano ser de ordem física, à honra ou ao

patrimônio de um indivíduo. Ora, trata-se de um tema amplamente relacionado ao exercício da cidadania e ao fato de que os indivíduos contraem direitos e deveres perante seus atos e ações na sociedade moderna.

De acordo com Mattos (2012) a cidadania é o pressuposto para que seja imputada a responsabilidade civil e o sustentáculo dos direitos humanos, decorrente do processo de relação entre indivíduos dentro da sociedade, buscando legitimar a satisfação de exigências ou prescrições a partir de efeitos legais. A autora apresenta alguns pontos que atrelam a responsabilidade civil à cidadania:

- Uma vez que é ampliada a responsabilidade civil para as lesões morais, há o correspondente aumento da tutela de personalidade, fortalecendo a noção de cidadania como um bem juridicamente protegido;
- O respeito à pessoa humana (não levando em conta o seu patrimônio) é reconhecer a sua legitimidade e o valor possuído pela própria pessoa, ou seja, como um fundamento da cidadania. A responsabilidade civil, de tal forma, permite reconhecer a pessoa humana como cidadã;
- A possibilidade de reparação às violações da cidadania inaugurou um novo direito redimensionado pelos direitos fundamentais (direitos humanos que supera o ponto de vista meramente contratual das relações humanas), uma vez que o respeito à pessoa humana é um efeito decorrente dos valores que a pessoa humana possui simplesmente por existir;
- Há uma importante conexão entre direitos humanos e responsabilidade civil, por meio do reconhecimento da cidadania para a atribuição de culpa ou dolo ao responsável, atuando como um instrumento de eficácia dos direitos fundamentais e um compromisso ético que reconfigura os clássicos institutos jurídicos que a acompanham;

Para contextualizar as questões envolvendo a cidadania e a responsabilidade civil sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, será utilizado o exemplo do dano moral. Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 36) caracterizam o dano ou prejuízo como a “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”, de modo que o dano pode ser estendido aos direitos personalíssimos, como é o caso do dano moral.

Por dano moral, compreendemos os danos ocasionados por fato violador subjetivo, atingindo os aspectos mais íntimos da personalidade humana, não sendo confundidos com meros dissabores da vida cotidiana e sim da própria valoração do indivíduo humano no ambiente sob o qual o mesmo está inserido (BITTAR, 1998). Quando o dano moral é comprovado, incide a compensação pecuniária em face da conduta ilícita do violador do direito personalíssimo.

Trentin e Trentin (2012) buscaram correlacionar a responsabilidade civil sob as perspectivas da cidadania digital e do dano moral. O estudo em questão deu-se em uma análise sobre publicações ofensivas nas redes sociais e o direito à indenização por danos morais. Os autores apontam que diante dos abusos praticados na internet, o usuário responsável por dizer, publicar ou compartilhar mensagens indevidas deve ser responsabilizado civilmente pelos danos causados. O mesmo vale para os casos que envolvem a criação de perfis falsos e pela veiculação de informações e imagens ofensivas nas redes sociais, objetivando além de demandas relacionadas à retirada de perfis e fotografias nos sites, indenizações por danos morais.

Nesse sentido:

No que tange a responsabilidade do usuário infrator, pode se observar, diante dos casos apresentados, que este sofrerá a responsabilização pelas informações ilícitas vinculadas no ambiente virtual, e o provedor do site de relacionamento será responsabilizado somente se deixar de excluir ou bloquear as imagens ou informações ofensivas, após transcorrido certo prazo desde a notificação feita pela vítima (TRENTIN; TRENTIN: 2012, p. 92).

Ora, as questões envolvendo a cidadania digital e a construção de um novo mundo digital não representam, de forma alguma, possibilidades de extinção da responsabilidade civil. Esse instituto considerado de demasiada importância para o pleno exercício da cidadania está presente na internet como um todo, de modo que sempre que um infrator promover danos em detrimento de outrem, esse infrator pode ser enquadrado nos dispositivos legais atacados e, assim, ser obrigado ao ressarcimento do dano causado.

É uma tendência cada vez mais observável que o Direito passe a acompanhar as sociedades digitais. A concepção de que a internet é uma “terra de ninguém” não tão somente é ultrapassada, como também é equivocada. O Direito sempre atua de modo a legitimar a cidadania dos indivíduos (pessoa humana) e essa prerrogativa também é válida para o exercício da cidadania digital. Assim, assegurando a responsabilidade civil para a pessoa humana também na via digital, o Direito contribui para o pleno exercício da cidadania digital e para o desenvolvimento desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, a concepção de que a internet e o mundo propiciado pelas ferramentas tecnológicas é um mundo paralelo sob o qual não recaem as leis e normas que vigoram na sociedade vem sendo cada vez mais derrubada. O Direito vem sendo aprofundado, praticado e aplicado no mundo digital, buscando coibir que as pessoas façam uso de tais ferramentas para o cometimento de crimes e, nos casos em que os crimes acontecem, passa a punir aqueles que realizam condutas ilícitas na internet.

Não é mais possível pensar no mundo digital como um mundo alheio ao que conhecemos como a ‘vida real’. De fato, estamos tão imersos no mundo digital que ele passou a fazer parte de nosso cotidiano, o que reforça a importância do conceito de cidadania digital, que aborda as normas e procedimentos para que o exercício pleno da cidadania também ocorra na via digital.

O presente estudo buscou correlacionar a cidadania digital sob as perspectivas da doutrina jurídica e do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo uma análise concisa acerca de elementos que legitimam as pessoas humanas enquanto cidadãos dentro do mundo digital. Conforme apontado, diversas questões passam pela cidadania digital, como as possibilidades de resolução de conflitos (lides) e as questões envolvendo a responsabilidade civil, que também se estende ao mundo digital.

Embora seja um tópico consolidado na atualidade, a cidadania digital é um tópico relativamente recente e o qual vem sendo abordado de modo congruente por pesquisadores de diferentes campos do conhecimento, possibilitando a criação de normas e leis que vigoram na internet sob a tutela e jurisdição do Direito.

Conforme descrito no capítulo 2 do presente estudo, a cidadania digital envolve o esforço de diferentes pessoas com o intuito de possibilitá-la e legitimá-las através de comportamentos e ações que buscam educar as pessoas quanto aos comportamentos e normas adequadas para o mundo digital. Diante disso, o presente estudo cumpre um papel importante para a con-

cretização da cidadania digital, produzindo resultados que fomentam possibilidades de que mais pessoas tomem conhecimentos acerca dos mesmos.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRAGA, D.M; BRAGA, M.M; ROVER, A.J. **Responsabilidade Civil das Redes Sociais no Direito Brasileiro**. SID, 2011. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aires_braga.pdf> Acesso: Fev/2018.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno da. A tutela interdital: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 2, N. 2, 2014.

CASSANTI, M.D.O. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro; Brasport, 2014.

CASTELLS, M. **A galáxia da Internet**. Jorge Zahar Editor, 2003.

GAGLIANO, P.B; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GENTILLI, V. **O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação**. Revista FAMECOS • Porto Alegre • nº 19 • dezembro 2002.

GUERRA, A.D.M et al. (coords.) **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

LEMONS, A. **Cibercultura: tecnologia e vida social na vida contemporânea**. Editoria Sulina, 2007

MATTOS, P.F. **Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012. DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. RJ: Forense, 2008.

NEVES, B.B. **Cidadania Digital? Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica**. Rev. Cidadania Digital, 143-188 Junho de 2010. Disponível em <> Acesso: Fev/2018.

PATROCINIO, T. **Educação e Cidadania global**. In L. B. Gouveia, Cidades e Regiões Digitais: Impacte nas cidades e nas pessoas (pp. 15- 40). Porto: Fundação Fernando Pessoa, 2003.

RIBBLE, M. **Digital Citizenship in Schools**. 2010. Disponível em: <<https://www.iste.org/docs/excerpts/DIGCI2-excerpt.pdf>> Acesso: Fev/2018.

SAMPAIO, R.M.C. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed.São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, L.R; MARTINS, L.B; TYBUSCH, F.B.A. **Os Crimes Cibernéticos E O Direito A Segurança Jurídica: Uma Análise Da Legislação Vigente No Cenário Brasileiro Contemporâneo**. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria/RS.

SEBASTIÃO, S; PACHECO, A; SANTOS, M. **Cidadania Digital e Participação Política: O Caso das Petições Online e do Orçamento Participativo**. Estudos em Comunicação nº 11, 31-51 Maio de 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 4, N. 2, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). **Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância**. Birigui: Boreal, 2013.

TRENTIN, T.R.D; TRENTIN, S.S. **Internet: Publicações Ofensivas Em Redes Sociais E O Direito À Indenização Por Danos Morais**. REDESG / Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – www.ufsm.br/redesg v. 1, n. 1, jan.jun/2012

VARGAS, M. **História da técnica e da tecnologia no Brasil**. São Paulo, UNESP/CEETEPS, 1995.

Recebido em: 25 jun. 2018.

Aceito em: 5 out. 2018.

EL LENGUAJE DISCRIMINATORIO EN LA ANTIGUA ROMA Y EN LA ESPAÑA ACTUAL

María José Bravo Bosch

Doctora en derecho romano. Profesora Titular de Derecho Romano en la Universidad de Vigo y de Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Derecho Continental y derecho anglosajón. Visiting professor en las Universidades de Messina y Cagliari (Italia), con estancias de investigación en: Florencia, Munich (Leopold Wenger Institut), Foggia, Göttingen.
bravobosch@gmail.com

RESUMEN: En este trabajo analizamos con detalle el lenguaje discriminatorio contra la mujer en el mundo romano. Adjetivos despectivos relativos a la incapacidad femenina y a la debilidad de su espíritu nos dejan clara la posición de la mujer en la antigua Roma, sometida a tutela perpetua con un hombre como tutor que debe prestar su *auctoritas* para determinados actos jurídicos, en un espacio dominado por la sociedad patriarcal. A continuación, hacemos un breve recorrido por la España actual para poner de manifiesto la necesidad de seguir luchando por la efectiva paridad por medio de un lenguaje inclusivo claro y coherente que permita la consecución de la tan ansiada igualdad

PALABRAS CLAVE: Mujer. *Infirmas sexus. Tutela mulierum.* Lenguaje inclusivo.

Linguagem discriminatória na Roma Antiga e na atual Espanha

RESUMO: Neste artigo analisamos detalhadamente a linguagem discriminatória contra as mulheres no mundo romano. Adjetivos desalentadores em relação à incapacidade feminina e a fraqueza de seu espírito tornam clara a posição das mulheres na Roma antiga, sujeitas à tutela perpétua com um homem como guardião que deve emprestar seus auctoritas para certos atos legais, em um espaço dominado pela sociedade patriarcal. A seguir, fazemos um breve passeio pela atual Espanha para destacar a necessidade de continuar lutando por uma paridade efetiva através de uma linguagem clara e coerente e inclusiva que permita alcançar a tão desejada igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Mulher. *Infirmas sexus. Tutela mulierum.* Linguagem inclusiva.

Discriminatory language in ancient Rome and current Spain

ABSTRACT: In this paper we analyze in detail the discriminatory language against women in the Roman world. Disparaging adjectives relating to female incapacity and the weakness of her spirit make clear the position of women in ancient Rome, subject to perpetual tutelage with a man as guardian who must lend his auctoritas for certain legal acts, in a space dominated by the patriarchal society. Next, we make a brief tour of the current Spain to highlight the need to continue fighting for effective parity through a clear and coherent inclusive language that allows the achievement of the much desired equality.

KEYWORDS: Woman. *Infirmas sexus. Tutela mulierum.* Inclusive language.

INTRODUCCIÓN

Nuestro propósito es demostrar como el lenguaje puede incidir de una manera decisiva a la hora de acreditar o desacreditar un género, en este caso el femenino. Partiendo del concepto decididamente discriminatorio en la antigua Roma, y de la exégesis de los textos más controvertidos con respecto a la mujer en el derecho romano, haremos una comparación seguramente excesiva por el salto temporal, pero necesaria, para ver cuánto hemos cambiado, en qué hemos avanzado y en dónde retrocedido, con la intención última de demostrar la necesidad de un lenguaje inclusivo que ponga en situación de paridad, en cualquier momento, en cualquier lugar y en todo caso, a la mujer con respecto al hombre.

El problema de la igualdad y los derechos que conlleva son objeto hoy en día de un amplio debate. La respuesta activa con respecto a los conflictos de género merece una respuesta adecuada, y mucho más si tenemos en cuenta la misoginia secular presente en el lenguaje diario. Este pensamiento patriarcal no significa que las mujeres fueran denostadas en todo momento, o que no estuvieran presentes en la mente de juristas y legisladores a la hora de elaborar *corpus* doctrinales o conjuntos de normas determinados, porque no sería cierto. La inclusión femenina en la regulación jurídica tenía por objeto a las mujeres, pero con reglas minuciosas y precisas dirigidas a la tutela y la subordinación femenina. Es decir, “tengamos en cuenta a las mujeres para poder someterlas adecuadamente, dentro de unos límites que no puedan sobrepasar”, en aras de la eterna permanencia del sistema patriarcal.

Con todo, la historiografía demuestra los avances en el ámbito del género y la paridad, y la antaño habitual exclusión de las mujeres se ha convertido en una lucha diaria en pro de la igualdad. Pero no se trata de una contienda teórica, que se traduzca en una mejora ostensible de los derechos femeninos en las leyes, reglamentos y demás disposiciones normativas que les puedan afectar, sino de la necesidad de traducir en la práctica de la vida cotidiana esa igualdad de sexos.

El derecho romano, precisamente, se distinguió desde sus orígenes por la visibilización de las mujeres en las fuentes de producción y conocimiento del *ius*, pero no nos llevemos a engaño, con la intención netamente masculina y propia del pensamiento de un *paterfamilias*, de someter a estricta vigilancia cualquier exceso femenino que pudiera perjudicar al conjunto de la *gens* familiar. La discriminación de las mujeres y la minusvaloración permanente consiguió el objetivo perseguido: crear en la conciencia de los ciudadanos romanos la idea de que las mujeres debían ser tuteladas de por vida, por su fragilidad de ánimo, y como veremos a continuación, por su débil condición.

Los juristas romanos, por lo tanto, debían realizar una construcción jurídica de los términos adecuados para referirse a las mujeres, y con el tiempo fueron utilizando la gran mayoría los mismos epítetos, todos ellos peyorativos.

1. SEXO DÉBIL

El término utilizado con más frecuencia para referirse a la debilidad de las mujeres fue *‘infirmitas’*¹. Esta fragilidad implica todos los aspectos de la condición femenina, y resulta equivalente a una suerte de incapacidad, sin ningún valor autónomo como el perteneciente a la

¹ A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Filadelfia 1953, reimpr. 1991, s.v. *infirmitas aetatis* (or *sexus*): “The weakness of an individual because of his age (or sex). It is given as a reason for guardianship or curatorship over a persona under a certain age or over women”.

virilidad, es decir, lo femenino sería el elemento negativo, y la convicción moral de la sociedad romana aceptaría de buen grado esta singular acepción.

Uno de los primeros en utilizar estos términos fue el famoso Cicerón, que utiliza el calificativo de *infirmas* en relación con la debilidad de las mujeres, en *Pro Murena* 12. 27²:

Mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt.

Es cierto que no encontramos todavía la unión del término *infirmas* con *sexus*, pero del mismo modo Cicerón relaciona la debilidad de juicio con la condición femenina, lo que viene a significar exactamente lo mismo. Con todo, hay que decir que Cicerón no nos ofrece su consideración al respecto, no podemos tildar su intervención de discriminatoria ya que lo único que hace es recordar la decisión de los antepasados con respecto al colectivo femenino, sin rendir un juicio positivo con respecto a esa tutela perpetua obligatoria para las mujeres, pero el recordatorio desde luego no ayuda a la liberación de la tutela por parte de la mujer, aunque el célebre jurista pronunciase dichas palabras en una época cercana a la supresión parcial de la *tutela mulierum* por parte del emperador Augusto, aunque fuera con el objetivo de incrementar la natalidad con la concesión del *ius liberorum*.

1.1. Tutela mulierum

Debemos recordar como en la antigua Roma las mujeres *sui iuris*³, es decir, las que por su *status familiae* no deberían estar sometidas a la autoridad de otra persona, se encontraban sujetas a una tutela perpetua debido a su condición⁴, la *tutela mulierum*⁵, mediante la cual, al terminar el periodo de sometimiento a la *tutela impuberum*⁶, por razón de edad⁷, continuaban

² S. DIXON, *Infirmas sexus: womanly weakness in Roman Law*, en *TI* 52, 1984, p. 343, en donde afirma que la declaración de Cicerón hay que entenderla en el contexto de su estrategia de defensa como abogado: “As part of a general denunciation of lawyers’ stratagems, Cicero cited the venerable example of *tutela mulierum perpetua*, whereby a Roman woman *sui iuris* (other than a Vestal) acquired for life a male *tutor* who monitored her economic activities. Cicero depicts the ancestral intention as being subsequently perverted by lawyers, who came up with a category of *tutor* subject to the woman rather than exercising authority over her”, citando a continuación el fragmento que completa la oración contenida en el discurso a favor de *Murena*: *hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur*.

³ CANTARELLA, E., *La mujer romana*, Santiago de Compostela, 1991, p. 10, en donde afirma que la mujer *sui iuris* es el principio y el fin de su familia, “en otras palabras, no tiene ningún poder sobre los hijos: una primera y no poco importante discriminación con respecto a las mujeres (por otra parte, sobreentendida en una organización patriarcal) a la que seguían muchas otras

⁴ D. 26. 1. 1. *pr.* (*Paulus libro 38 ad edictum*): *Tutela est, ut servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*, en donde se ve claramente que la tutela no era un instrumento de fuerza y potestad tan sólo creado para el control de las mujeres, sino de toda persona libre, otorgado por el derecho civil para proteger a los sujetos que en razón de su edad o sexo no podían defenderse por sí mismos.

⁵ A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit. s.v. *tutela mulierum*: “Guardianship over women *sui iuris*, i.e., who were neither that of her husband (*manus*). In the developed stage of the institution the principal function of the *tutor mulieris* was to give his authorization (*auctoritas*) to more important transactions or acts performed by the woman, such as manumission of slaves, acceptance of an inheritance, making a testament, assuming an obligation, alienations, constitution of a dowry, and the like. The women’s weakness of sex, lightmindedness, and ignorance of business and court affairs are given as grounds for their protection through tutelage. The appointment of a woman’s guardian was made in the same way as the *tutela impuberum*: by testament of the person in whose power (paternal or marital) she was, by law (*tutela legitima*) of the agnates and of members of the *gens, gentiles*, in earlier times) or by a magistrate (*tutela dativa*).

⁶ Gayo 1. 189: *Sed inpuberes quidem in tutela esse omnium civitatum iure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur...*

su existencia bajo una estricta vigilancia, quedando la capacidad de obrar femenina profundamente limitada, sometida al control y autoridad del tutor previsto⁸.

Esta institución se configuraba como un reflejo de la estructura familiar arcaica, puesto que no se presentaba como un mecanismo de protección, sino como la necesidad de controlar el patrimonio y los actos realizados por las mujeres, que quedaban así sometidas al hombre en una situación de incapacidad jurídica absoluta y perpetua⁹. Sin embargo, esta naturaleza supuestamente proteccionista de la tutela sobre la mujer, muy presente en los primeros años de esta institución, fue perdiendo poco a poco su significado y su razón de ser, hasta su total erradicación. Bien es cierto que el formalismo de la tutela se protegió durante mucho tiempo, y aunque en la práctica las mujeres llevaban a cabo todo tipo de actos y negocios jurídicos por sí mismas, necesitaban de la autoridad¹⁰, siquiera formal, de su tutor para poder completar la legalidad de determinadas acciones sometidas a control¹¹.

En el estudio de esta clase de tutela sobre las mujeres, *tutela mulierum*, cabe destacar dos etapas claramente diferenciadas. Una primera etapa en la que la tutela se configuraba como una manifestación en la que se suplía, mediante esta nueva institución sobre las mujeres, la *potestas* del *paterfamilias* y la *manus* del marido. Su aparición estaba muy relacionada con la estructura primitiva y arcaica del grupo familiar, en el que todos los miembros de la familia

⁷ D. 27. 3. 4 (*Paulus libro 8 ad Sabinum*): *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest: finitur autem non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli*, en donde da cuenta que al llegar a la pubertad termina la tutela, pero también por la muerte de tutor o el pupilo; I. 1. 22. pr.: *Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur*, en donde además de insistir en la *tutela impuberum* que termina para los *puberes*, refleja la edad establecida para cada sexo como medida de llegada a la pubertad: catorce años para los hombres, doce años para las mujeres.

⁸ Sabemos que no existió un único tipo de tutela, sin varios, cuya división según su origen ha sido objeto de debate por parte de la doctrina. Con todo, de forma habitual se tiende a clasificar los tipos de tutela en tres posibles (reflejados ya en la cita anterior de BERGER) la tutela testamentaria, la legítima y la dativa: La testamentaria, ordenada en el testamento por quien ejerce la patria potestad o la *manus* sobre la mujer; la legítima, a falta de tutor testamentario, que compete a los agnados, a los gentiles, o al manumisor y sus hijos; la dativa, posterior a las anteriores, que procede a falta de tutor testamentario o legítimo, conferida por el magistrado a instancia de la mujer, con la exigencia de que el tutor propuesto esté presente; vid. al respecto, L. SANZ MARTÍN, *Estudio y comentario de las diferentes clases de tutela mulierum a tenor de lo referido en las fuentes jurídicas romanas. Funciones y responsabilidad del tutor mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano* 15, 2010, p. 4 ss.;

⁹ CANTARELLA, E., *La calamidad ambigua*, Madrid, 1991, p. 209, en donde da cuenta de la diferencia entre géneros en lo que se refiere a la capacidad de obrar en la época republicana: “En el derecho romano, en particular, los hombres se consideraban en grado de administrarse a sí mismos y sus propios intereses al alcanzar la edad púber. Por ello, aunque estuviesen libres de la *patria potestas*, estaban sometidos a tutela hasta que cumplían catorce años. Pero las mujeres –como establecieron las XII Tablas– estaban sometidas a tutela perpetua”.

¹⁰ A. ERNOU- A. MEILLET, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine, s.v. augere*, raíz de nuestra palabra: “Faire croître, accroître; augmenter; amplifier”, en el sentido de acrecer, reforzar, aumentar, amplificar, concretando en p. 57 ya con respecto a *auctor*: “en droit, *auctor* désigne le garant”, trayendo a colación un texto de Cicerón, *Caec.* 72: “*quod mulier sine tutore, auctore promiserit deberi*”.

¹¹ J. IGLESIAS, *Derecho Romano*, 12ª ed., Barcelona 1999, p. 364, en donde destaca que en ningún caso actúa el tutor como *negotiorum gestor*, ya que la mujer administra ella misma su propio patrimonio, pero cuyo aval es imprescindible para la legalidad de determinados actos: “La función del tutor no es otra que la prestar su *auctoritas* -y siempre *in presenti*- a los siguientes actos celebrados por la mujer: 1. Enajenación de *res Mancipi*. 2. *In iure cesio*. 3. *Acceptilatio*. 4. *Aditio hereditatis*. 5. Testamento. 6. Manumisiones. 7. Constitución de dote. 8. Asunción de toda clase de obligaciones. 9. *Legis actio* y *iudicium legitimum*. 10. *Conventio in manum* mediante *coemptio*. 11. Permiso a la liberta para quedar en contubernio con un esclavo ajeno”.

estaban bajo la *potestas* del *paterfamilias*¹², titular del poder supremo sobre todos los miembros de la *gens* o grupo gentilicio, que ejercía una autoridad y potestad absoluta y sin ningún tipo de limitación, representado incluso en el *ius vitae et necis*, es decir, el derecho de vida y muerte que le convertía en juez supremo de la vida familiar. La tutela se configura como un mecanismo de protección de las expectativas hereditarias de los agnados sobre el patrimonio de la mujer¹³, que siendo *sui iuris*, es principio y fin de su propia familia¹⁴, para que no pueda perjudicar los intereses económicos del tronco agnaticio, convirtiéndose el agnado más próximo en su tutor a fin de preservar el patrimonio familiar¹⁵. Así se evita la dispersión de los bienes considerados propios de una determinada familia, a la par que se vigila la posible distracción de algunos efectos considerados imprescindibles por parte de las mujeres *sui iuris* que no estén sometidas a potestad alguna.

Una segunda etapa debemos situarla en la época clásica. En ella, la institución de la *tutela mulierum* ha ido evolucionando, al igual que la estructura y organización del grupo familiar. Con el paso del tiempo, la mujer fue ganando ciertas cotas de libertad e independencia entre otros motivos por las consecuencias de los innumerables conflictos bélicos en los que estaba inmersa la República. La desaparición de los padres, maridos y agnados de la vida de las mujeres provocó su presencia en múltiples actos jurídicos que antes hubieran sido inimaginables. Además, hizo su aparición el matrimonio *sine manu*, una nueva forma de unión matrimonial que consiste en la conservación por parte de la mujer del status previo a contraer matrimonio. Es decir, si en el matrimonio *cum manu* la mujer abandonaba a su familia de origen para pasar a formar parte de la familia de su marido, en esta nueva forma de matrimonio pueden suceder dos cosas diferentes: por un lado, que la mujer continúe bajo la patria potestad del *pater* como *alieni iuris*, por otro, que la mujer no quede sometida a la patria potestad de nadie, ni de su padre, ni de su marido, manteniendo la condición de *sui iuris*. En este último caso, la mujer *sui iuris* puede realizar negocios jurídicos e intervenir en los actos de disposición de su patrimonio, pero siempre con la autorización preceptiva de su tutor.

Esta distinción resulta importante a los efectos de conocer mejor a dos protagonistas de la historia de Roma: así, podremos entender la posición de Lucrecia, personaje femenino, entre el mito y la leyenda, que representa la máxima virtud de pureza y castidad que se citaba como ejemplo de la vida que debían llevar todas las matronas romanas. Su ubicación temporal, perteneciente al ámbito del derecho romano arcaico, sirve para explicar mejor su violento final, en el que defendió el honor de su familia por encima de su propia existencia tras ser violada por el hijo del último rey etrusco. Resulta evidente que, en un momento tan primitivo del derecho, aún no conformado siquiera con la Ley de las XII Tablas¹⁶, en la que ya se reconoce la exen-

¹² J. A. CROOK, *Law and Life of Rome, 90 B.C. - A. D. 212*, Ítaca-Nueva York, 1967, p. 107, en donde dice que el principio agnaticio de la familia romana se perfecciona así: "Every member, male and female, was in the *potestas* of the oldest surviving male ascendant, the *paterfamilias*".

¹³ P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum, II, Profili strutturalie vicende storiche dell'istituto*, Milán, 1979, p. 1-4; S. DIXON, *Infirmas sexus: womanly weakness in Roman Law*, cit., p. 343: "Legal historians are generally agreed that the origin of *tutela mulierum* is to be explained in terms of the early Roman system of inheritance and was designed to safeguard male rights rather than to protect women".

¹⁴ D. 50. 16. 195. 5 (*Ulpianus libro 46 ad edictum*): *Mulier autem familiae suae et caput et finis est*.

¹⁵ A. ARJAVA, *Women and Law in Late Antiquity*, Oxford- Nueva York 1966, p. 112: "As a daughter could inherit a considerable estate, it was in her brothers', uncles', and cousins' personal interest to see that she did not alienate property which would after her death revert to the family. That is why the nearest agnatic male relative automatically became the guardian (*tutor legitimus*), unless the father had appointed someone else in his will. This system was already eroded in the late republic, and Claudius finally abolished the agnatic guardianship".

¹⁶ Gayo I. 145: "... *Loquimur autem exceptis uirginibus Vestalibus quas etiam ueteres in honorem sacerdotii liberar esse uoluerunt; itaque etiam lege XII tabularum cautum est*; vid. contra la genuidad del texto gayano, S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, en *Studi Riccobono* I, Palermo 1936 p. 168 ss., de acuerdo con el uso impropio del término *veteres*, que podría haber sido utilizado aquí como los juristas anteriores a los decenviros; en desacuerdo, B. BIONDI, *La*

ción de la *tutela mulierum* a las vírgenes vestales¹⁷, la dependencia de las mujeres con respecto a los hombres era total y absoluta, por lo que la tutela era un mecanismo connatural al hecho de ser mujer. Así, la *tutela mulierum*, es el reflejo de una estructura arcaica potestativa que se transforma en una situación de incapacidad jurídica absoluta y perpetua de la mujer¹⁸, lo que provoca que, con el paso del tiempo y el nacimiento de un nuevo tipo de sociedad en el mundo romano, esta institución quede vacía de contenido y poco a poco, la jurisprudencia y la propia sociedad romana la vean como una figura vacía, sin contenido.

Sin embargo, en el caso de Cornelia, la situación ha cambiado radicalmente: Independientemente de su riqueza, su condición de viuda ejemplar o su procedencia de una familia de noble origen quirritario, lo cierto y verdad es que Cornelia demuestra un grado de independencia en todos sus actos que hace presumir el escaso impacto real de la tutela en aquellos momentos, sobre todo para aquellas mujeres de su condición.

A mayor abundamiento, Cornelia pertenece a una familia de ilustre pasado como defensores de la Patria, inmersa continuamente en conflictos bélicos, sobre todo de carácter internacional, como resulta el protagonismo indiscutible de su padre en la segunda guerra púnica, y de su yerno en la destrucción de Cartago, lo que da cuenta de la ausencia prolongada de la autoridad masculina a la hora de relacionarse jurídicamente en el mundo romano.

Con todo, no podemos olvidar como la institución jurídica de la tutela seguía vigente, y seguirá siendo impuesta con carácter formal aún hasta la época imperial. Esta hipocresía jurídica resulta molesta, por cuanto la autoridad del tutor es necesaria para llevar a cabo determinados actos, reflejando todavía una incapacidad por cuestión de género que no es cierta, ni refleja la personalidad femenina, que cuando tiene acceso a la formación adecuada y a una educación adecuada, demuestra con sus actos que es tan capaz como un hombre, y en ocasiones mucho más, como demuestran la vida y actos de la propia Cornelia.

Así, en la época de Augusto empieza a agonizar la arcaica y demonizante tutela de las mujeres, con la legislación caducaria de Augusto¹⁹, en concreto por medio de la disposición

legislazione di Augusto, en *Conferenze augustee nel bimillenario della nascita*, Milán, 1939, p. 203, n. 2, en donde defiende la autenticidad del paso de Gayo, entendiéndolo que la norma relativa a las vestales fue recogida en la Ley de las XII Tablas.

¹⁷ G. GIANNELLI, *Il sacerdocio delle Vestali romane*; Florencia, 1913; F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart, 1920; F. GUIZZI, *Aspetti giuridici del sacerdocio romano. Il sacerdocio di Vesta*, Nápoles, 1968, *passim*; M. BEARD, *The Sexual Status of Vestal Virgins*, en *JRS* 70, 1980, pp.12 ss. donde destaca sobre todo la ambigüedad de las vestales; sobre la historia concreta de algunas de ellas, J. SCHEID, *Claudia, la vestale. Roma al femminile*, 1994, pp. 3-19. B. SCARDIGLI, *Vestali integrate nella società romana*, en *Stud. hist., Ha. antig.* 21, 2003, pp. 97-104; sobre la virginidad de las vestales, H. N. PARKER, *Why Were the Vestals Virgins? Or the Chastity of Women and the Safety of the Roman State*, en *The American Journal of Philology*, 125, 4, 2004, p. 568: "It is here that we can seek the symbolic function of the Vestal's virginity. Just as she embodied the city of Rome, so her unpenetrated body was a metaphor for the unpenetrated walls of Rome. This is manifest from the ancient sources. The powers of a Vestal were coterminous with the city walls".

¹⁸ L. SANZ MARTÍN, *Fundamentos doctrinales en torno a la tutela mulierum. Naturaleza y esencia de la tutela mulierum*, en *Revista General de Derecho Romano*, 12, 2009, p. 5, añadiendo en p. 6: "La mujer romana *sui iuris*, cualquiera que fuese su edad, estaba siempre sometida al peso de la tutela: de impúber a la *tutela impuberum*, y de púber y para siempre a la *tutela mulierum*", trayendo a colación los textos de Gayo pertinentes al respecto, I. 144: *Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamentum tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, <femini autem sexus cuiscumque aetatis sint et tum quo> que cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*, y I. 145: *Itaque si quis filio filiaque testamentum tutorem dederit, et ambo ad pubertatem pervenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia vero nihilo minus in tutela permanet...*

¹⁹ J. EVANS GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and widowhood*, Londres-Nueva York, 2002, p. 24: "Augustus, as part of his promotion of marriage and procreation, granted women who served the state by child-bearing the *ius (trium) liberorum*".

contenida en la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y en la *lex Papia Poppaea*²⁰ (9 d.C.), que otorgaba el derecho, denominado *ius trium liberorum*²¹, de verse liberadas de la tutela obligatoria, a las mujeres que tuviesen tres o más hijos, si eran *ingenuae*, o cuatro si eran libertas²². Aunque tal privilegio se concedía por vía de excepción, esta innovación jurídica transformaba la situación de las mujeres, convirtiéndolas en dueñas de sus propios actos y en pioneras de una libertad jurídica desconocida materialmente hasta ese momento.

A mayor abundamiento, el *ius liberorum* confiere a la mujer no sólo la liberación de la tutela bajo las condiciones que acabamos de ver, sino también la libertad de testar, la exención de la *lex Voconia*, por lo que una mujer podrá ser heredera de un *cives* romano cuya fortuna supere los cien mil ases y recibir todo el caudal testamentario sin reducciones como se hacía con los célibes, y sin disminuir la mitad de su legado, como se hacía con los huérfanos o los *orbae* que no tenían hijos. Además, tienen derechos especiales sobre la sucesión de los manumitidos²³, y en tiempos de Adriano, con el *senatusconsultum Tertullianum*²⁴, tendrán derecho a la sucesión legítima de los hijos *sui iuris* muertos sin sucesión. Por último, el conocido *ius stolarum*²⁵, o derecho a poder llevar la estola, prenda femenina que atestigua la condición de matrona de quién la lleva, otorga un prestigio social del que las mujeres romanas no están dispuestas a prescindir.

No será hasta tiempos del emperador Claudio²⁶, cuando se entienda que la tutela agnaticia era un instrumento periclitado²⁷, necesitado de refrendo legal para su derogación²⁸, que

²⁰ Gayo 1. 145: ... *Tantum enim ex lege Iulia et Papia Poppaea iure liberorum tutela liberantur feminae...*; *Ibid. id.* 3. 44: *Sed postea lex Papia cum quattuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret et eo modo concederet eis etiam sine tutoris auctoritate testamentum facere, prospexit, ut pro numero liberorum quos liberta mortis tempore habuerit, uirilis pars patrono debeatur...*

²¹ A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, cit., s.v. *ius liberorum*: "The most important application of *ius liberorum* concerned women. A freeborn woman with three children and a freedwoman with four children were freed from guardianship to which women were subject and had a right of succession to the inheritance of their children. The women's *ius liberorum* was applied even when the children were no longer alive"; C. 8. 59, 2, cuya denominación del título, *De iure liberorum*, explica la decisión de Justiniano: *Illan iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae praeteritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus, et legitima iura, quae ex Tertulliano senatusconsulto ei praestantur, omnimodo eam haber sancimus, licet tres liberos ingenua, vel libertina quatuor minime pepererit*; M. ZABLOCKA, *Il "ius trium liberorum" nel diritto romano*, en *BIDR*, 30, 1988, pp. 361-390.

²² Gayo 1. 194: *Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium<liberorum iure, libertinae uero quattuor, si in patroni>liberorumue eius legitima tutela sint; nam et ceterae quae alterius generis tutores habeant, uelut Atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.*; *Tit. ex corp. Ulp. 29. 3: Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum iure tutela patronorum liberavit...*; *Tit. ex corp. Ulp. 26. 8: sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor...*; *Paul. Sent. 4. 9. 1: Matres tam ingenuae, quam libertinae, cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant*; por último, *Paul. Sent. 4. 9. 5: Septimo mense natus matri prodest*, en el sentido de liberar a la madre, aunque el nacido fuera setemésimo y no un parto ordinario de nueve meses.

²³ Gayo 3. 51-52: 51. *Quod autem ad libertinarum bona pertinet, siquidem intestatae decesserint, nihil noui patronae liberis honoratae lex Papia praestat. Itaque si neque ipsa patrona neque liberta capite diminuta sit, ex lege XII tabularum ad eam hereditas pertinet et excluduntur libertae liberi; quod iuris est etiam si liberis honorata non sit patrona; numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt. Si uero uel huius uel illius capitis diminutio interueniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia legitimo iure capitis diminutione perempto euenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur.* 52. *Cum autem testamentum factum moritur liberta, ea quidem patrona quae liberis honorata non est nihil iuris habet contra libertae testamentum; ei uero quae liberis honorata sit hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.*

²⁴ *Inst. 3. 3. 2: Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod diui Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumue admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est.*

²⁵ *Fest. De uerborum significatu*, s.v. *matronas: appellabant eas fere, quibus stolas habendi ius erat.*

²⁶ G. MELILLO, *La condizione femminile a Roma: Due norme di Claudio*, en *SDHI* 68, 2002, p. 55 ss.

²⁷ G. MAY, *L'activité juridique de l'empereur Claude*, en *RHDFE* 15, 1936, p. 235, en donde señala que la tutela legítima de los agnados era el lado débil de la *tutela mulierum*, ya que el tutor era desinado por razón de nacimiento,

conocemos gracias al testimonio de Gayo, 1. 157, en el que además se insiste en la aparición de la misma en la época de las XII Tablas:

Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum attinet, etiam feminae agnatos habebant tutores. Sed postea lex Claudia lata est²⁹, quae quod ad feminas attinet <tales> tutelas sustulit; itaque masculus quidem inpubes fratrem puberem aut patruum habet tutorem, femina uero talem habere tutorem non potest.

Del mismo modo, contamos con una constitución del emperador León, en la que se recoge su derogación por parte del emperador Constantino³⁰:

C. 5. 30. 3: Constitutione divae memoriae constantini lege Claudia sublata, pro antiqui iuris auctoritate salvo manente agnationis iure tam consanguineus (id est frater) quam patruus ceterique legitimi ad pupillarum feminarum tutelam vocantur (a. 472).

A pesar de caer en el olvido, en el desuso y en la progresiva implantación de otros modos de resolver las lagunas de protección legal de las mujeres, como por ejemplo la figura del *curator minoris* recogida por Justiniano en sus Instituciones para las mujeres situadas en la franja de edad entre 14 y 25 años³¹, la institución jurídica de la tutela no fue formalmente abolida³², quizás porque formaba parte del origen ancestral del respetado *ius civile*³³, pero las mujeres pasaron a tener una amplísima capacidad negocial, con un reforzamiento sustancial de su capacidad de obrar³⁴.

1.2. *Infirmas sexus*

La unión del calificativo de *infirmas* con el vocablo *sexus* sí lo encontramos, por ejemplo, en un texto de Neracio³⁵, D. 27. 10. 9 (*Ner. 1 membran.*):

mientras que en los otros tipos de tutela, testamentaria o atiliana, el tutor se elegía de acuerdo con unos criterios de racionalidad.; vid. un estudio interesante sobre los diferentes tipos de tutela, G. BUIGUES OLIVER, *La posición jurídica de la mujer en Roma. Presupuestos para un estudio de la capacidad negocial de la mujer*, Madrid, 2014, p. 103 ss.

²⁸ M. J. CASADO CANDELAS, *La tutela de la mujer en Roma*, Valladolid, 1972, p. 117: “La tutela agnaticia de las mujeres, que representaba para el tutor sólo un radio de acción exactamente limitado a la *auctoritatis interpositio*, no podía sobrevivir largo tiempo, y el golpe de gracia estuvo a cargo de una disposición del emperador Claudio, en el año 44 d.C., la llamada ley Claudia.

²⁹ Gayo, 1. 171: *Sed quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint.*

³⁰ Vid. del mismo emperador, C. 8. 58 (*Imp. Constantinus A (7) ad populum*): *Qui iure vetere coelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur... Quam rem et circa feminas aestimamus, earumque cervicibus imposita iuris imperia, velut quaedam iuga, solvimus promiscue omnibus.*

³¹ I. 1. 23. *pr.*: *Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui licet puberes sint, adhuc tamen huius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.*

³² J. F. GARDNER, *Family and Familia in Roman Law and Life*, Londres, 1998, p. 26, en donde señala que no se sabe cuánto tiempo duró la tutela, y que las referencias tardías no prueban que los cambios decididos por el pretor no hubieran tenido lugar; J. EVANS GRUBBS, *Women and the Law in the Roman Empire: A Sourcebook on Marriage, Divorce and widowhood*, cit., p. 24, en donde afirma que la *tutela mulierum* “has disappeared two centuries before Justinian”, y por eso los compiladores de la magna obra de Justiniano omitieron cualquier referencia a la misma en el Digesto, el Código de Justiniano y sus Instituciones, así como en el Código de Justiniano, concluyendo que la única fuente para conocer la tutela de las mujeres en el periodo clásico la representa las Instituciones de Gayo.

³³ Cfr. O. TELLEGEN, *Tutela mulierum*, en *Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano*, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ /M.J. BRAVO BOSCH (Eds.), Madrid, 2013, p. 417.

³⁴ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed. Madrid, 2016, p. 196.

³⁵ *The Oxford Classical Dictionary*, N. G. L. HAMMOND/H. H. SCULLARD (eds.), Oxford, 2ª ed., 1971, s.v. *Neracius*: “*Priscus, Lucius*, a considerable Roman jurist of the age of Trajan and Hadrian; born at Saepinum in Samnium. He was *praefectus aerarii Saturni*, *cos. suff. 97*, *legatus Augusti pro praetore* of Pannonia, and he was at one

Cuius bonis distrahendis curatores facere senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent; sicut enim integra re potestas ipsorum est, utrum velint, eligendi, ita quum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit; nam et tunc ex integro alius curator faciendus est, neque heres prioris curatoris onerandus, quum accidere possit, ut negotio vel propter sexum, vel propter aetatis infirmitatem, vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam im priore a curatore spectata erat, habilis non sit³⁶; possint etiam plures heredes ei existere, neque aut per omnes id negotium administrari expediat, aut quidquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.

En este fragmento, se alude a que el Senado no permitió a los acreedores la venta de los bienes de la persona para cuya enajenación de bienes estaba sometida a curadores, aunque después de este beneficio quisieran vender los bienes. Es un texto indirectamente relacionado con el léxico que estamos analizando, pero que viene a colación en el momento en el que se hace referencia a que no se debe gravar al heredero de un curador (en el texto se refiere al primero en el caso de que fallezca), ya que puede suceder que no sea apto para el negocio por motivos tales como la edad o la debilidad del sexo, siendo suficiente motivo para entender la incapacidad y la exoneración del gravamen.

Del mismo modo, encontramos la misma acepción en un texto de Paulo, contenido en D. 22. 6. 9 pr. (*Paul. lib. sing. de iuris et facti ignorantia*):

Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante praemisso quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est. Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexum infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias credidisse.

Habida cuenta de la regla general de que la ignorancia del derecho perjudica igualmente, no así la ignorancia del hecho, vemos cómo Paulo concreta las excepciones existentes, la primera en relación con los menores de veinticinco años a los que se exime de perjuicio en caso de ignorancia del derecho, la segunda en referencia a las mujeres, cuya exención de posibles perjuicios se justifica por la debilidad de su sexo, *propter sexum infirmitatem dicitur*.

Cronológicamente hablando, debemos referirnos ahora a los textos de Marciano. El primero de ellos, D. 48. 16. 1. 10 (*Marcianus libr. singulari ad senatus consultum Turpillianum*):

Accusationem is intulit, qui praescriptione summoveri poterat, ut quilibet adulterii masculino post quinque annos continuos ex die commissi adulterii vel feminae post sex menses utiles ex die divortii: an, si destiterit, hoc senatus consulto plecti debet, belle dubitatur. Movet, quod paene nulla erit accusatio, quam temporis spatium aut personae vitium omnimodo removeret reoque securitatem timoris ac periculi promitteret. Contra movet, quod qualiscumque accusatio illata cognoscentis auctoritate, non accusantis voluntate aboleri debet maioreque odio dignus existimaretur, qui temere ad tam improbam accusationem processisset. Ergo verius est eum quoque de quo loquimur in senatus consultum incidere oportere. Adquin Papinianus respondit

time, we are told, thought of by Trajan as his successor”, añadiendo a continuación que Neracio fue con Celso, la última cabeza visible de la Escuela Proculyana, además de ser miembro del *consilium* de Adriano y quizás Trajano. También se comenta la magnífica reputación de Neracio como jurista, demostrada por la cantidad ingente de citas realizadas por juristas posteriores, y además por el hecho de que Paulo escribiese un Comentario *ad Neratium*.

³⁶ T. MASIELLO, *Modelli culturali e prassi giuridica fra gli Antonini e Severi*, Nápoles, 1979, p. 30, en donde afirma que la incapacidad de la mujer para poder ser *curator* está relacionada con la idea de “un’*infirmitas* intesa in un significato naturalistico biologico”.

mulierem, quae idcirco ad falsi accusationem non admitteretur, quod suam suorumve iniuriam non persequeretur, desistentem senatus consulto Turpilliano non plecti. Num ergo et in ceteris idem responsurus sit? Quid enim interest, propter sexus infirmitatem an propter status turpitudinem temporisve finem ad accusationem aliquam non admittatur? Multoque magis excludendi sunt, quod mulieris quidem accusatio vel propter proprium eius dolorem effectum habere potuit, illorum vero accusatio voce dumtaxat tenus intervenit. Adquin idem alias scribit non posse aliquem duos eodem tempore adulterii accusare, marem et feminam, et tamen, si utriusque simul denuntiaverit, in utriusque persona abolitionem eum petere debere, ne in hoc senatus consulto incidat. Quid porro refert, propter causas supra scriptas accusatio non valuerit an propter numerum personarum non tenuerit? An haec intersint, plenam habuerit aliquis accusandi facultatem, sed propter personarum coniunctionem ab accusatione summoveatur, an vero stricta ratione quibusdam accusandi facultas non competat? Merito itaque dicendum est omnes excepta muliere et minore nisi abolitionem petierint, in hoc senatus consulto incidere.

Y en D. 49. 14. 18 pr. (Marcianus libr. singulari de delatoribus):

Deferre non possunt mulieres propter sexus infirmitatem, et ita sacris constitutionibus cautum est.

Un paso de Ulpiano contenido en D. 16. 1. 2. 2-3 (*Ulpianus libro 29 ad edictum*), resulta en principio el más polémico de todos ya que en vez de utilizar el calificativo ya conocido de *infirmitas sexus*, añade una nueva adjetivación del sexo femenino, *sexus inbecillitatem*:

2. Verba itaque senatus consulti excutiamus prius providentia amplissimi ordinis laudata, quia opem tulit mulieribus propter sexus inbecillitatem multis huiusmodi casibus suppositis atque obiectis.

3. Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae: hoc enim divus Pius et Severus rescripserunt. Nam deceptis, non decipientibus opitulatur et est et Graecum Severi tale rescriptum: tais apatsais gunaicin to dogma tys sugklytou boulyls ou boyvei. [id est: decipientibus mulieribus senatus consultum non opilatur]. Infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit.

Este texto resulta en cierta medida muy contradictorio; por un lado, en virtud del Senadoconsulto Veleyano³⁷, las mujeres quedan protegidas en caso de ser fiadoras de otras en asuntos de fianzas, o daciones en mutuo por otros, es decir, tomar dinero en préstamo para un tercero³⁸, ya que se les debe prestar auxilio en caso de ser engañadas. Pero el motivo del engaño no es la seducción por parte de otros o la malicia utilizada con determinadas argucias que las pudieran haber confundido y llevado a engaño, sino que su propia condición de mujeres es la que hizo que por “debilidad de su sexo” hubieran contraído tales obligaciones, y por ese motivo deben ser protegidas³⁹. La acción positiva de la protección se anula con la causa de tal medida,

³⁷ Vid. sobre el origen y fundamento del Senadoconsulto: H. VOGT, *Studien zum Senatus Consultum Velleianum*, Bonn, 1952; recensión de M. TALAMANCA en AG 143, 1942, pp. 172 ss.; D. MEDICUS, *Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum*, Colonia-Graz, 1957; recensión de M. TALAMANCA, en *Labeo*, 4, 1958, pp. 99 ss.; A. D'ORS, *Acerca de las acciones <ex SC velleiano>*, en *Estudios Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, pp. 337 ss.; M. GARCÍA GARRIDO, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil*, Barcelona, 1982, pp. 123 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-Nueva York, 1990, pp. 145 ss.; J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, p. 463 ss., afirmando, con respecto a la fecha de emisión: “No fue anterior al Principado de Claudio, dado que Ulpiano alude a un edicto anterior, de Claudio, y, por otra parte, tampoco pudo ser posterior al año 65, en el cual fue desterrado Casio Longino por Nerón, pues Salvio Juliano cita un dictamen suyo sobre un problema de *intercessio* (D. 16. 1. 16. 1) que tiene que ser anterior a su destierro”.

³⁸ D. 16. 1. 2. 4: *Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint*, en donde queda claro que en el Senadoconsulto Veleyano se comprende toda obligación, ya hubieran sido las mujeres fiadoras de palabra, de cosa, o mediante cualquier otro contrato.

³⁹ R. QUADRATO, *Infirmitas sexus e levitas animi: il sesso 'debole' nel linguaggio dei giuristi romani*, en *Scientia Iuris e Linguaggio nel sistema giuridico romano*, F. SINI/R. ORTU (eds.), Milán, 2001, p. 159: “Nel pensiero dei

la debilidad femenina como requisito para la concesión del auxilio previsto en el Senadoconsulto, confirmada por D. 16. 1. 2. 3, en donde se deja claro que la protección se concede si no hubieran procedido con malicia, en razón de un rescripto de Pío y Severo en el que se auxilia a las engañadas por su posición civil, las mujeres en general, pero no a las que engañan con malicia. Tal excepción no deja de sorprendernos, puesto que es el hecho de haber nacido mujer el origen de la incapacidad femenina a la hora de contraer obligaciones, por lo que deberíamos entender que esa discapacidad de las mujeres debería ser universal ante la realización de cualquier negocio. ¿Cómo dirimir la supuesta malicia, si ya por nacimiento las mujeres son incapaces? Tal minusvaloración biológica no debería hacer excepciones, y considerar a unas como posibles culpables ante las ventajas de los actos realizados, y a otras como susceptibles de protección ante las desventajas de las obligaciones contraídas.

Con todo, queda claro que es el hecho de ser mujeres y débiles el que constituye el objeto principal de protección por parte del Senadoconsulto Veleiano, que considera necesario ayudar a las mujeres solamente por su condición, imponiendo la necesidad de protegerlas y el rechazo a conceder reclamación contra ellas, como se recoge en D. 16. 1. 2. 1 (*Ulpianus libro 29 ad edictum*)⁴⁰, ya que no es justo que ellas desempeñen oficios viriles, *officia virilia*⁴¹, y se ligen con obligaciones de este género:

Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: “Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent”⁴²,

giuristi (dei più, ma non di tutti) anche il sesso -quello femminile, s'intende- è considerato causa di 'infermità': una condizione di invalidità, una menomazione che rende la donna, e quale che sia la sua età, incapace di assolvere a determinati compiti”.

⁴⁰ El senadoconsulto Veleiano vino precedido de dos edictos de Augusto y Claudio, contenidos en D. 16. 1. 2. *pr.: Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent*, que ya prohibían la intercesión de las mujeres por sus maridos.

⁴¹ D. 3. 1. 1. 5 (*Ulpianus, libro 6 ad edictum*): *Secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto...*, en donde se contiene la prohibición del Edicto del Pretor con respecto, entre otros colectivos, a las mujeres, por razón del sexo, añadiendo que el motivo de la prohibición viene dado por la propia condición femenina, para que las mujeres no se mezclen, contra la honestidad que les corresponde por cuestión de sexo, en causas ajenas ni desempeñen oficios propios de los hombres. Además, pone como ejemplo a Carfania, diciendo que fue una mujer corrompida, que abogó desvergonzadamente, tanto como para dar lugar al edicto; vid. sobre Carfania, E. HÖBENREICH, *Andróginas y monstruos. Mujeres que hablan en la antigua Roma*, en VELEIA, 22, 2005, p. 177: “Ulpiano coloca a las mujeres que no pueden postular a favor de terceros en el mismo plano que a ciertos incapaces. ¿Casualmente? Sobre la debilidad física y psíquica de las mujeres se ha escrito mucho; los juristas repiten el *tópos* a propósito de la necesidad de someter a las mujeres a la *tutela mulierum*. Es por tanto su naturaleza la que impone la prohibición, la que reclama un tratamiento especial. Quien viola una prohibición «natural», puede ser calificado de «desnaturalizado». La desviación de la naturaleza pide una amonestación, necesita que el ordenamiento jurídico proteja a todas las personas que se comportan conforme a su especie y que proteja a las «pervertidas» de sí mismas. Dejando al lado los esquemas de comportamiento transmitidos y recibidos de los antepasados que determinaron la exclusión de las mujeres de los oficios civiles y, más en general, de la participación en la vida pública, e ignorando el tono polémico y misógino de Ulpiano, que refleja un juicio masculino y moralizante al establecer el concepto de castidad adecuada para el otro sexo, constatamos una cosa muy significativa: Carfania debe haber sido una mujer habituada a presentarse ante la autoridad judicial presentando demandas, y parece haberlo hecho sin un apoyo o representante masculino. Eso supone conocimiento del derecho, así como experiencia forense. Ciertamente, Carfania no fue un caso aislado”; sobre *officia virilia*, C. PETROCELLI, *La stola e il silenzio. Sulla condizione femminile nel mondo romano*, Palermo, 1989, p. 289; R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *La mujer en el mundo laboral de la Roma antigua*, en *Mulier. Algunas historias e Instituciones de Derecho Romano*, R. RODRÍGUEZ LÓPEZ /M.J. BRAVO BOSCH (Eds.), Madrid, 2013, p. 245: “Las mujeres eran excluidas de toda labor civil y pública (*officia virilia*), no pudiendo ser jueces, ni ejercer magistraturas, aunque indirectamente participaban en la política y en las instituciones”.

⁴² D. 3. 1. 1. 6, en donde se niega también la postulación ajena a quién con su cuerpo hizo de mujer: *Removet autem a postulando pro aliis et eum, qui corpore suo muliebria passus est...*

quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussores et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur”.

Bien es cierto que podríamos creer en la finalidad protectora de las disposiciones contenidas en el Senadoconsulto, como afirma parte de la doctrina romanística⁴³, o insistir en el carácter limitativo de la posición jurídica de la mujer en Roma⁴⁴, que es la posición que adoptamos. Es cierto que la *intercessio* femenina en asuntos de negocios, asumiendo obligaciones ajenas, era resuelta mediante la oposición a la demanda del acreedor en virtud del Senadoconsulto Veleyano, para evitar poner en peligro el patrimonio de la mujer. Pero la protección impuesta contenía claramente el prejuicio masculino con respecto a la capacidad negocial de la mujer, entendida como *sexus inbecillitatem*, presumiendo a priori la incapacidad de comprensión de los negocios jurídicos en los que se podía ver inmersa por su condición de fémina.

1.3. Gayo: *levitas animi*.

Mención aparte merece Gayo, ya que utiliza la expresión *levitas animi* en vez de *infirmas sexus* en sus Instituciones⁴⁵, una elección que no parece fruto de la casualidad ya que tiene un significado diferente, aunque ambas expresiones tengan una cierta afinidad. En la obra de Gayo no se utilizan jamás los términos latinos *infirmas*, *imbecilitas*, *fragilitas*⁴⁶, utilizados con suma frecuencia por el resto de los juristas para describir la supuesta debilidad femenina. Sin embargo, Gayo, una figura ya singular de por sí en lo que respecta a su obra⁴⁷, vuelve a

⁴³ M. GARCÍA GARRIDO, *Ius Uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, pp. 154 ss.; J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, cit. p. 465: “Un fin de exclusión y un fin protector parecen constituir así la *ratio* del precepto. Sin embargo, si se considera con más detenimiento la expresión de estas ideas, resulta, a mi juicio, claramente destacada, la finalidad de protección. En efecto, *non sit aequum* rige las dos oraciones subordinadas de infinitivo que expresan las dos ideas mencionadas, pero es indudable que su significado se refiere en primer lugar a *eius generis obligationibus obstringi*; y aunque gramaticalmente rige también a la frase anterior unida por un *et*, no tiene mucho sentido respecto de *eas virilibus officiis fungi*. Esta última frase tendría pleno sentido si estuviera regida por un *non decet* o expresión similar. Con el modo de expresión efectivamente empleado ambas ideas aparecen concatenadas y se está queriendo decir que ‘no es justo que las mujeres resulten vinculadas como consecuencia de la realización de negocios que pertenecen a la esfera de los hombres’. El SC expresa las dos ideas, de exclusividad viril de la *intercessio* y de protección de la mujer. Pero en primer plano está la protección”.

⁴⁴ P. GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme*, 10ª ed., París, 1885, p. 154, en donde afirma que la exclusión femenina de los *officia virilia* fue realizada por causa de la moral pública y en contra de las mujeres: “Le sénatus-consulte Velléien ne s’annonce point comme une innovation législative; il s’autorise d’une ancienne jurisprudence qu’il prétend maintenir et confirmer: *Ita ius ante dictum esse videtur*... L’exclusion de tout office viril fut établie contre les femmes et dans l’intérêt de la morale publique. Si le sénatus-consulte n’est qu’une suite de cette exclusion, il faudra l’interpréter comme étant établi, non en faveur des femmes, mais contre elles”; F. SCHULZ, *Principios de Derecho Romano*, Madrid, 1990, pp. 229 ss. en donde afirma la reacción del Senado ante la emancipación de la mujer, con una disposición de marcado carácter limitativo.

⁴⁵ J. C. LEDLIE, *Gaius*, en *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 13, 2, 1913, p. 242, en donde da cuenta de la excelencia técnica de las Instituciones de Gayo: “It exhibits very clearly our author’s two most salient characteristics, lucidity of expression and orderliness of arrangement. The style throughout is neat, vigorous, precise. The points are stated tersely and accurately. There is no rethoric, no redundancy. The points are stated tersely and accurately”.

⁴⁶ J. BEAUCAMP, *Le vocabulaire de la faiblesse féminine dans les textes juridiques romains du III au IV siècle*, en *RHDEF* 54, 1976, p. 487.

⁴⁷ Vid. entre la numerosísima bibliografía al respecto: J. E. KUNTZE, *Der Provinzialjurist Gajus, wissenschaftlich abgeschätzt*, Leipzig, 1883; F. KNIPEP, *Der Rechtsgelehrte Gajus und die Ediktskommentare*, Jena, 1910; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, 2ª ed., Leipzig, 1912, p. 204 ss.; F. WIEACKER, *Zur*

distanciarse de sus coetáneos a la hora de describir a las mujeres, prefiriendo la utilización de *levitas animi* para expresar su especial condición.

Tal distinción a la hora de describir el estado femenino ha llevado a parte de la doctrina a reconocer en la obra gayana ecos de un cierto feminismo⁴⁸, el deseo de superar la inferioridad secularmente atribuida a las mujeres utilizando para ello un lenguaje más igualitario para describir la condición femenina. Pero no nos llevemos a engaño, a pesar de la incertidumbre y misterio que rodea la figura del ilustre jurista⁴⁹, a veces identificada como una mujer que ocultó su género para poder realizar su aportación jurídica sin mayores contratiempos⁵⁰, no aprecia-

Geschichte des Gaiustextes, en *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz IV*, Nápoles, 1953, pp. 193 ss.; M. KASER, *Gaius und die Klassiker*, en *ZSt*, 70, 1953, pp. 127-178; A. M. HONORÉ, *Gaius*, Oxford, 1962; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Nápoles, 1966, en donde acusa a Gayo -en pp. 287 y 288- de ser un autor “privo di valore scientifico”; VV. AA., *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, A. GUARINO, L. BOVE (eds.), Nápoles, 1966; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Mailand, 1969; O. BEHREND, *Die Prokuratur des klassischen röm. Zivilrechts*, EN SZ 88, 1971, pp. 297 SS.; R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio: omissioni e rinvii*, Nápoles, 1979; Donald KELLY, *Gaius noster – Substructure of Western Social Thought*, en *The American Historical Review*, 84, 3, 1979, pp. 609 ss.; A. M. GIOMARO, *Spunti per una lettura critica di Gaio, Institutiones*, Urbino, 1994, con serias dudas acerca de la existencia de Gayo en p. 11; J. M. BLANCH NOUGUÉS, *Certissima iuris regula de Gayo*, en *RIDA* 44, 1997, p. 45 ss.; G. FALCONE, *Apunti sul IV comentario delle Istituzioni di Gaio*, Turín, 2003; M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, en *AUPA* 55, 2012, especialmente en pp. 96 ss.; F. BRIGUGLIO, *Introduzione allo studio delle Istituzioni di Gaio, Biblioteca Gaiana*, I, 2015; D. LIEBS, *Römische Provinzialjurisprudenz*, Friburgo, 2017, especialmente sus conclusiones a partir de la p. 60.

⁴⁸ R. QUADRATO, *Infirmis sexus e levitas animi: il sesso 'debole' nel linguaggio dei giuristi romani*, cit. p. 155 ss.

⁴⁹ A. M. HONORÉ, *Gaius*, cit., p. 3 ss., en donde señala que el objetivo principal que pretende con su obra es aclarar los misterios que rodean la vida del gran jurisconsulto clásico que fue Gayo. Partiendo de la declaración de Pomponio (lib. 22 ad *Quintum Mucium*) contenida en D. 45. 3. 39, en la que reconoce a Gayo como ‘*Gaius noster*’, Honoré concluye que Gayo fue o el tutor de Pomponio o su colega de enseñanza: *Cum servus, in quo usum fructum habemus, proprietatis domino ex re fructuarii vel ex operis eius nominatim stipuletur, acquiritur domino proprietatis: sed qua actione fructuarii recipere possit a domino proprietatis, requirendum est. Item si servus bona fide nobis serviat et id, quod nobis adipisci poterit, nominatim domino suo stipulatus fuerit, ei acquirit: sed qua actione id recipere possumus, quaeremus. Et non sine ratione est, quod Gaius noster dixit, condici id in utroque casu posse domino*; sin embargo, D. PUGSLEY, *Gaius or Sextus Pomponius*, en *RIDA* 41, 1994, p. 362, afirma que debe tratarse de una interpolación la expresión *Gaius noster*, concluyendo en p. 363 que “*Gaius and Pomponius were one and the same person*”, o más concretamente que Pomponio fue el autor no sólo de los trabajos que aparecen con su nombre sino también de los trabajos que aparecen con el nombre de Gayo; en contra de la teoría de Pugsley, vid. O. STANOJEVIC, *Gaius and Pomponius. Notes on David Pugsley*, en *RIDA* 44, 1997, comenzando por la p. 338: “I will try here to emphasize the weakness of PUGSLEY’s hypothesis, to give some arguments proving that Gaius and Pomponius could not be the same person”, realizando diversas objeciones: la primera con respecto al método utilizado por Pugsley, la segunda en relación con la producción científica, considerada imposible por no poder considerar a un autor tan prolífico como para poder llevar a cabo tal ingente número de obras, como refiere en p. 340: “If we apply those estimates the total number is from 440 to 490 volumes. It is a lot and probably impossible for one person to write. Even with books traditionally attributed to each one of them respectively (Gaius between 93 and 150, Pomponius between 320 and 350), those two are the most fertile authors of their time”; la tercera, aunque es cierto que Pomponio y Gato tenían mucho en común, es verdad que también se aprecian diferencias singulares, como revela en p. 341: “One of the striking differences is their destiny in legal history. Gaius is ignored by his contemporaries, except maybe, by Pomponius himself, and by lawyers of the two centuries that followed. Pomponius’ work met immediate recognition. He was cited by such great names as Julian and he is one of the favorite authors of Ulpian, who cites his works on more than 300 occasions. Ulpian wrote his commentary on the *ius civile* by using as a model Pomponius’ work *Libri ad Sabinum*. Later the situation has changed dramatically. The *Lex citationis* included Gaius in the restricted circle of five Paramount authorities. Pomponius appears nowhere, even among the jurists of the second rank, such as Scaevola, Sabinus, Julian and Marcellus”, concluyendo que la diferencia de trato recibida por ambos, por parte de Justiniano y la anterior ley de Citas, demuestra las diferencias considerables con respecto a la naturaleza de su obra; además refiere la claridad de Pomponio y el mayor reconocimiento científico de éste, pero admite la innovadora clasificación de Gayo en sus *Institutiones*, que lo convierten de jurista modesto en un autor de elevado nivel científico, con un claro dominio de la lengua latina, refutando tanto la idea de “piratería intelectual” atribuida a Gayo como el hecho de ser la misma persona él y Pomponio.

⁵⁰ R. SAMTER, *War Gaius das männliche pseudonym einer Frau?*, en *Deutsche Juristenzeitung*, 13, 1908, pp. 1386-1391.

mos en su legado jurídico un intento conciliador o innovador con respecto a las mujeres romanas.

Del análisis de los textos de Gayo en los que se contienen los términos *levitas animi* no podemos colegir un intento de mejorar la consideración del colectivo femenino en la antigua Roma, ni tampoco un significado más benevolente con la adjetivación del espíritu de la mujer en la antigua Roma. Aun poniendo en evidencia el significado en singular de *levitas* y *animi*, veremos cómo utilizados conjuntamente no otorgan una perspectiva innovadora con respecto al género femenino sino una forma diferente de visualizarlas, siempre desde una perspectiva discriminatoria de la que no se desprende el célebre jurista, al hablar de la ligereza de espíritu innata a las mujeres.

Veamos el primer texto de Gayo en el que se contienen las acepciones *levitas animi*, 1.144:

Permissum est itaque parentibus, liberis quos in potestate sua habent testamento tutores dare: masculini quidem sexus inpuberibus, <femini autem sexus cuiuscumque aetatis sint et tum quo> que cum nuptae sint. Veteres enim voluerunt feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi leuitatem in tutela esse.

Así, podemos ver como el jurisconsulto destaca como a los ascendientes se les permite que en su testamento nombren tutores para los descendientes que están bajo su potestad, concretando tal medida en los impúberes de sexo masculino y todos los de sexo femenino, aunque hayan contraído matrimonio. Justifica tal discriminación en el hecho de que ya los antiguos quisieron que las mujeres, aunque fueran adultas, estuvieran bajo tutela debido a su ligereza de espíritu. De este modo vemos como *levitas animi* se reconoce en un defecto común a todas las mujeres, su espíritu ligero, que parece más comprensivo que la expresión *imbecillitas sexus*, pero en realidad no es ningún avance espectacular con respecto a la nomenclatura de género. Como ha precisado ALBANESE⁵¹, el hecho de que Gayo rememore a los antiguos, *veteres*, y reclame la autoría de los mismos en lo que se refiere a la *levitas animi*, no lo convierte en ningún liberador de la injusta tutela femenina, sino todo lo contrario, ya que recurre a la respetada costumbre inveterada de los ancestros y a los *mores maiorum*, como fuente del derecho arcaico para seguir justificando la imposición de la *tutela mulierum* como mecanismo jurídico que vigile la innata debilidad femenina.

A mayor abundamiento, en otro texto gayano encontramos la identificación entre *levitas* e *inconstantia*, sencilla deducción obtenida de la contraposición que realiza el jurista entre el término negativo *levis* y el adjetivo en positivo *constans*, contenidos en D. 21. 1. 18 pr. (*Gaius 1 ad ed. aed. Curul.*):

Si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id est quanti minoris) iudicio agere potest: verbi gratia si constantem aut laboriosum aut curracem vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium adquirentem adfirmaverit, et is ex diverso levis protervus desidiosus somniculosus piger tardus comesor inveniatur. Haec omnia videntur eo pertinere, ne id quod adfirmaverit venditor amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento, ut si forte constantem esse adfirmaverit, non exacta gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et vigilacem adfirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. Idem et in ceteris quae venditor adfirmaverit intellegemus.

⁵¹ B. ALBANESE, *Animi levitas femminile in Gai 1.144 e 190*, en *Annali del Dipartimento di Storia del Diritto della Università di Palermo*, 48, 2003, p. 3: “Tanto più che, punto che mi pare discriminante, in Gai 1.144 il richiamo alla *animi levitas muliebre* è espressamente attribuito ai *veteres* (*veteres enim voluerunt feminas...propter animi levitatem in tutela esse*). Quindi, non è un rilievo che Gaio stesso sottolinea, come propria prospettiva, per staccarsi dalla concezione frequente di chi sottolineava l’*infirmitas sexus*”.

Este caso no se refiere en concreto a las mujeres, sino a la venta de un esclavo, y a las acciones que puede ejercitar el comprador en caso de no ser ciertas las características afirmadas por el vendedor con respecto al esclavo transmitido, acciones redhibitoria o estimatoria. Para establecer las excelentes cualidades de un esclavo en venta, se hace alusión a su constancia, laboriosidad, diligencia o frugalidad (relacionada con la compra del peculio gracias a su austeridad), en contraposición con las condiciones negativas de un esclavo ligero, desidioso, perezoso, pesado o dominado por la gula. La clara comparación entre el término constancia y ligereza da cuenta del significado que se le atribuye a la falta de *constans*, entendiendo *levis* como inconstancia, considerado grave como defecto en un esclavo, por lo que debemos colegir que en una mujer romana la atribución de una inconstancia permanente la degrada en su propia condición.

Gayo 1. 190:

Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suassisse uidetur; nam quae uulgo creditur, quia leuitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi⁵², magis speciosa uidetur quam uera⁵³; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur.

En este paso gayano encontramos una cierta defensa del colectivo femenino en general, cuando Gayo afirma que apenas hay razón alguna de peso que persuada para que las mujeres adultas sigan bajo tutela, ya que lo que vulgarmente se cree, que son engañadas por la ligereza de su espíritu, motivo para someterlas a la autoridad de un tutor, es más una razón aparente que verdadera, *magis speciosa uidetur quam uera*. Las mujeres adultas llevan sus negocios, y hay casos en los que el tutor interpone su *auctoritas* por mero formalismo, e incluso con frecuencia debe autorizar actos contra su voluntad forzado por el pretor⁵⁴.

Este texto es considerado por QUADRATO de una importancia extraordinaria⁵⁵, ya que, en un alarde de audacia y modernidad, que ningún crítico puede quitarle al intelectual adrianeo, expresa su propia opinión con respecto a la innecesaria tutela femenina. Bien es cierto que la aseveración gayana se produce en una época del derecho clásico romano en el que las mujeres ya han conseguido ciertos avances, y en donde la arcaica *tutela mulierum* tiene poco recorrido, permaneciendo para el recuerdo sin derogar explícitamente, pero con una realidad más que ínfima en la sociedad romana. Pero aun así se agradecen las palabras del jurista en defensa de

⁵² J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *Los actos de intercesión y el Senadoconsulto Veleyano*, cit. p. 466: “Gayo rechaza en cambio el *tópos* de la *leuitas animi* de las mujeres en relación con la *tutela mulierum*, afirmando la razón originaria del interés de los herederos, concluyendo que el problema con respecto a la *intercessio* no es de ligereza del carácter de las mujeres, “sino de situación de inferioridad para determinadas actuaciones como consecuencia de su posición en el mundo civil”.

⁵³ C. FAYER, *La familia romana*, Roma, 1994, p. 528: “Solo nella seconda metà del II sec. d.C., il giurista Gaio critica apertamente la motivazione correntemente addotta per giustificare la tutela sulle donne puberi e ne riconosce la speciosità. Egli, infatti, riconosce che nulla *pretiosa ratio* giustificava la *tutela mulierum* e non riesce a convincersi che una donna maggiorenne, che da se amministrava ormai i suoi affari, dovesse essere sottoposta a tutela”.

⁵⁴ Motivo por el cual, se añade en el siguiente comentario, Gayo 1. 191, que las mujeres no pueden seguir un juicio contra el tutor, mientras que los pupilos sí pueden entablar contra sus tutores un juicio de tutela, una vez que han llegado a la pubertad: *Vnde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datur; ut ubi pupillorum pupillarumue negotia tutores tractant, eis post pubertatem tutelae iudicio rationem reddunt*.

⁵⁵ R. QUADRATO, *Infirmas sexus e leuitas animi: il sesso ‘debole’ nel linguaggio dei giuristi romani*, cit. p. 177, donde destaca la intención perseguida por Gayo: “mostrare l’inconsistenza della posizione che discriminava la donna, denunciare il carattere chiaramente pretestuoso di una normativa che si appellava alla particolare natura del sesso per motivarne l’inferiorità fisica e intellettuale e la conseguente incapacità”, todo ello acompañado de un relato con sentimiento y vehemencia para suscitar emociones, en donde Gayo expresa sus propias convicciones para persuadir a sus interlocutores.

un colectivo casi siempre en el punto de vista negativo del *ius romanorum*. ALBANESE⁵⁶, por otro lado, no pone en duda que ciertamente el documento de Gayo demuestra una inteligente reacción del jurista con respecto a los remotos andamiajes culturales que estaban subyacentes a las reglas del *ius civile* sobre la *tutela muliebres*. Pero la crítica de la tesis viene dada en lo que se refiere a la valoración del término *levitas*, para nada demostrativo de una consideración positiva con respecto a la mujer.

Así, QUADRATO opta por alabar la sensibilidad de Gayo a la hora de dirigirse a las mujeres, con la expresión -jamás utilizada anteriormente- *levitas animi*, realizando una elección léxica única a la hora de referirse al colectivo femenino, y subrayando la presencia del término *levitas* como algo esencial, diferente, que introduce algo nuevo en su discurso, desviándose de la línea tradicional para atraer la mirada del lector, que podrá comprobar como la justificación de la debilidad femenina es inconsistente⁵⁷. Sin embargo, ALBANESE niega la acepción benévola de *levitas*, afirmando que *levis* y *levitas* son términos utilizados en una época anterior a la de Gayo, y además, “sarebbero stati usati con connotazione fortemente negativa”⁵⁸. Además, añade, si tomamos como ejemplo un pasaje de Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 6. 11. 1, podemos observar la sinonimia negativa que se establece entre *levitas* y la inconstancia o la mutabilidad, en otras palabras, la debilidad de espíritu ya mencionada:

Neque "levitatem" neque "nequitiam" ea significatione esse, qua in vulgi sermonibus dicuntur. "Levitatem" plerumque nunc pro inconstantia et mutabilitate dici audio et "nequitiam" pro solertia astutiaque⁵⁹.

Nosotros creemos que la actitud del jurista Gayo no resulta tan proclive al género femenino como se pudiera pensar. No podemos colegir del empleo de los términos *levitas animi* una encendida defensa en pro de los derechos de las mujeres, en innegable situación de inferioridad, como se aprecia en un conocido texto de Papiniano recogido en D. 1. 5. 9 (*Papinianus libro 31 quaestionum*):

⁵⁶ B. ALBANESE, *Animi levitas feminile in Gai 1.144 e 190*, cit. p. 2, en donde añade: “E infine non vi è dubbio che la presa di posizione di Gaio costituisca una prova dell’apertura mentale e della capacità critica di quel giurista, che, ancor oggi, secondo noi a torto, molti continuano a considerare spesso come scrittore mediocre, poco rigoroso, poco chiaro, se non addirittura irrilevante”.

⁵⁷ R. QUADRATO, *Infirmis sexus e levitas animi: il sesso ‘debole’ nel linguaggio dei giuristi romani*, cit. p. 187: “In confronto all’*infirmis sexus*, che è la *ratio* antica, ricorrente -un argomento forte, perchè implica un rapporto gerarchico tra i sessi- la *levitas animi* è una giustificazione debole, una ingenuità, un motivo quasi banale, inidóneo perciò a motivare la diversità di trattamento tra maschi e femmine. È qui il punto critico, l’elemento cruciale (e decisivo) di tutta l’operazione gaiana: nell’abbandono di un linguaggio discriminatorio che incarnava e ricalcava schemi vecchi, prefabbricati, e nell’adozione di parole che tenessero conto della realtà, della ‘quotidiana esperienza’ della donna; la quale non è, per natura, più debole dell’uomo, e non è perciò incapace di operare, di negoziare”, añadiendo a continuación que para seleccionar la palabra justa, Gayo optó por la lengua común.

⁵⁸ B. ALBANESE, *Animi levitas feminile in Gai 1.144 e 190*, cit. p. 2, en donde reclama nuestra atención en un texto de Cicerón, *Phil.* 2. 31. 77, que incide sobre la *levitas* de Marco Antonio: *At videte levitatem hominis. Cum hora diei decima fere ad Saxa rubra venisset, delituit in quadam cauponula atque ibi se occultans perpotavit ad vesperam; inde cisio celeriter ad urbem advectus domum venit capite obvoluto. Ianitor: 'Quis tu?' 'A Marco tabellarius.' Confestim ad eam, cuius causa venerat, [deducitur] eique epistolam tradidit. Quam cum illa legeret flens (erat enim scripta amatorie; caput autem litterarum sibi cum illa mima posthac nihil futurum; omnem se amorem abiecit illam atque in hanc transfudisse), cum mulier fleret uberius, homo misericors ferre non potuit, caput aperuit, in collum invasit. O hominem nequam! Quid enim aliud dicam? magis proprie nihil possum dicere. Ergo, ut te Catamittum, nec opinato cum te ostendisses, praeter spem mulier adspiceret, idcirco urbem terrore nocturno, Italiam multorum dierum metu perturbasti?.* El autor nos dice sobre el pasaje en cuestión: “Cicerone accusa Antonio proprio di *levitas* adducendo un episodio specifico. Il triumviro, per via di una tresca con una mima, s’era camuffato da fattorino; aveva trascorso ore in un’osteria; si era ubriacato; aveva consegnato, fingendosi semplice latore, all’attrice una lettera per troncane il rapporto con lei; e però aveva subito scoperto il volto appena la donna si era messa a piangere. Tuttavia, a me sembra che *levitas* per Cicerone, qui come in altri passi, significhi fundamentalmente “leggerezza, incoerenza”. La *levitas* di Antonio, per Cicerone, non consisteva però tanto nel ridicolo contegno del travestimento, bensì nell’aver mutato avviso alle prime lacrime femminili”.

⁵⁹

In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum.

Su posición debería haber sido de profundo rechazo y no de ambigüedad, aludiendo a que apenas había razón alguna de peso para que las mujeres adultas sigan bajo tutela. Si él creía fervientemente en la igualdad de sexos⁶⁰, debería haberlo demostrado en su discurso con la misma claridad que definía muchos otros conceptos en sus Instituciones, y no utilizar medias palabras por el temor a que no fueran bien recibidas. Como dice ALBANESE⁶¹, Gayo podría haber añadido el hecho de que una ley Claudia, recordada por él mismo en 1. 157, ya había suprimido la tutela agnaticia sobre las mujeres *sui iuris* con la excepción del patrono sobre la liberta, en realidad no agnaticia.

2. LENGUAJE Y GÉNERO EN LA ESPAÑA ACTUAL

Resulta evidente que un salto temporal tan grande no puede ponerse en comparación de una forma razonable en lo que se refiere a los derechos de la mujer y el lenguaje utilizado para referirse a la condición femenina. Hoy en día el escenario es totalmente distinto en España, que no en el resto del mundo, pero hemos tenido que realizar un largo camino para poder llegar a los términos de igualdad de los que hoy gozamos en el lenguaje cotidiano.

Esta lucha en favor de la paridad fue larga y tortuosa, pudiendo nombrar en primer lugar a Concepción Arenal como la pionera del feminismo en nuestro país, y en particular por la puesta en evidencia de la inferioridad de la mujer⁶², ya en el siglo XIX, realizando un magnífico trabajo en pro de los derechos de las mujeres, al margen de su destacada y conocida lucha por la mejora de la situación en las cárceles de mujeres y hombres

En la misma dirección, es necesario referirse a una de las grandes figuras de la historia del siglo XX en nuestro país, Clara Campoamor. Fue una abogada, política y gran luchadora por los derechos de todas las mujeres⁶³, en un marco histórico donde éstos eran mínimos. Campoamor aprovechó la modificación de la ley electoral que llegó de la mano de la II República Española, que permitía a las mujeres mayores de veintitrés años poder ser elegidas en el

⁶⁰ R. QUADRATO, *Infirmas sexus e levitas animi: il sesso 'debole' nel linguaggio dei giuristi romani*, cit. p. 193: "Per Gaio, insomma, non c'è differenza tra maschio e femmina; non c'è disuguaglianza fra i sessi. Circola in questa visione l'idea di una parità, non solo biologica, ma anche intellettuale, tra uomo e donna", concluyendo que la simpatía de Gayo por las mujeres (al margen de que no suponga ningún indicio de la condición femenina de Gayo, es decir, de la posibilidad de que el jurista hubiera sido una mujer) no es feminismo, sino lucha contra la discriminación.

⁶¹ B. ALBANESE, *Animi levitas femmine in Gai 1.144 e 190*, cit. p. 3: "Gaio avrebbe potuto aggiungere, a conferma della già maturata convinzione della radicale irrazionalità della tutela sulle donne puberi, il fatto che una *lex Claudia*, che egli stesso aveva ricordato poco prima (*Gai* 1.157; cfr. 1.171; ma v.a. *Tit.Ulp.* 11.8; *C.Th.*3.17.2 e *C.5.30.30*), aveva, già da tempo, certo, soppresso la tutela agnaticia sulle donne *sui iuris* con eccezione di quella del patrono sulla liberta, in realtà non agnaticia ma assimilata alla tutela agnaticia".

⁶² C. ARENAL, *La mujer del porvenir*, Madrid, 1869, reimp. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, p. 12, en donde muestra las contradicciones en cuanto a la capacidad de la mujer: "Si la ley civil mira a la mujer como un ser inferior al hombre, moral e intelectualmente considerada, ¿por qué la ley criminal la impone iguales penas cuando delinque? ¿Por qué para el derecho es mirada como inferior al hombre, y ante el deber se la tiene por igual a él? ¿Por qué no se la mira como al niño que obra sin discernimiento, o cuando menos como al menor? Porque la conciencia alza su voz poderosa y se subleva ante la idea de que el sexo sea un motivo de impunidad; porque el absurdo de la inferioridad moral de la mujer toma aquí tales proporciones que le ven todos: porque el error llega a uno de esos casos en que necesariamente tiene que limitarse a sí mismo, que transigir con la verdad y optar por la contradicción. Es monstruosa la que resulta entre la ley civil y la ley criminal; la una nos dice: —Eres un ser imperfecto; no puedo concederte derechos. —La otra: —Te considero igual al hombre y te impongo los mismos deberes; si faltas a ellos incurrirás en idéntica pena."

⁶³ C. CAMPOAMOR, *El voto femenino y yo: Mi pecado mortal*, Ed. Horas y Horas, Madrid, 2006, *passim*.

Parlamento, logrando obtener su escaño en el poder⁶⁴. Una vez allí, tomó la palabra en el Congreso de los Diputados para reclamar un derecho político básico, el voto, por lo que siempre será recordada como la impulsora del sufragio femenino en España, y por solicitar la eliminación de cualquier sesgo de discriminación en contra de las mujeres en la nueva constitución republicana⁶⁵.

A pesar del gran esfuerzo realizado por ellas, la verdad es que tuvo que pasar mucho tiempo hasta llegar a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 14. 11, deja clara la necesidad de un nuevo lenguaje que ayude a la necesaria paridad: “La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas”. Del mismo modo, en la citada ley, artículo 24: *Integración del principio de igualdad en la política de educación*, recoge en el apartado 2. b, un principio esencial para evitar la discriminación femenina, como es la supresión del lenguaje sexista en los contenidos dirigidos a la educación: “La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos”.

Con todo, y al margen de la necesidad de adaptar los libros de texto al lenguaje correcto en pro de la igualdad queda manifiestamente clara, creemos que la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo se debe hacer con un asesoramiento multidisciplinar. Abogar por los lenguajes inclusivos en ausencia de lingüistas no parece lo más adecuado si éstos son los protagonistas del correcto uso del lenguaje en nuestro territorio⁶⁶.

⁶⁴ F. ÁLVAREZ-URÍA, *Mujeres y política. Las políticas de las mujeres en la España de la Segunda República y la Guerra Civil*, en *Papers*, 2013, 98/4, p. 633, en donde da cuenta no sólo de la figura de Clara Campoamor, sino de todas las mujeres protagonistas del cambio radicalmente positivo que supuso el derecho al voto femenino: “Fue durante la Segunda República y la Guerra Civil, es decir, en un lapso de tiempo de ocho años, entre 1931 y 1939, cuando las mujeres españolas entraron por vez primera en las Cortes de la Carrera de San Jerónimo, cuando conquistaron el derecho al voto, cuando militaron activamente en los partidos políticos y pugnaron por salir elegidas diputadas en las contiendas electorales. En el análisis que sigue, se parte de los textos autobiográficos de cinco mujeres. Dos representan al llamado feminismo burgués: Clara Campoamor y Victoria Kent, que nacieron, respectivamente, en 1888 y 1898. Las otras tres representan al llamado feminismo revolucionario: Dolores Ibárruri, Irene Falcón y Federica Montseny, que nacieron en 1895, 1907 y 1905, respectivamente”.

⁶⁵ NASH, M., “Género y ciudadanía”, *Ayer*, 20, 1995, p. 249: “Defensora acérrima de una ciudadanía política no restringida por el sexo, encabezó la defensa del sufragio femenino en las Cortes Constituyentes y asumió una clara postura de signo igualitario, argumentando que los derechos del individuo exigían un igual tratamiento legal de hombres y mujeres. Para la diputada radical los principios democráticos debían garantizar la aplicación de la igualdad y la eliminación de cualquier discriminación de sexo en la Constitución republicana”.

⁶⁶ I. BOSQUE, *Sexismo lingüístico y visibilidad de la mujer*, en *Información lingüística de la RAE*, ponente de la nueva gramática de la lengua española, p.1: “En los últimos años se han publicado en España numerosas guías de lenguaje no sexista. Han sido editadas por universidades, comunidades autónomas, sindicatos, ayuntamientos y otras instituciones... La mayor parte de estas guías han sido escritas sin la participación de los lingüistas. Cabe pensar que los responsables o los impulsores de las demás guías entienden que no corresponde a los lingüistas determinar si los usos verbales de los hispanohablantes son o no sexistas. Aunque se analizan en ellas no pocos aspectos del léxico, la morfología o la sintaxis, sus autores parecen entender que las decisiones sobre todas estas cuestiones deben tomarse sin la intervención de los profesionales del lenguaje, de forma que el criterio para decidir si existe o no sexismo lingüístico será la conciencia social de las mujeres o, simplemente, de los ciudadanos contrarios a la discriminación” en p. 2: “Entre los aspectos que comparten las guías de lenguaje no sexista destaca sobre todo una argumentación implícita que me parece demasiado obvia para ser inconsciente. Consiste en extraer una conclusión incorrecta de varias premisas verdaderas, y dar a entender a continuación que quien niegue la conclusión estará negando también las premisas. La primera premisa verdadera es el hecho cierto de que existe la discriminación hacia la mujer en nuestra sociedad.”; en p. 3. “La segunda premisa, igualmente correcta, es la existencia de comportamientos verbales sexistas... La tercera premisa verdadera es el hecho de que numerosas instituciones autonómicas, nacionales e internacionales han abogado por el uso de un lenguaje no sexista”, añadiendo en p. 4: “De estas premisas correctas, en cierta forma subsumidas en la última, se deduce una y otra vez en estas guías una conclusión injustificada que muchos hispanohablantes consideramos insostenible. Consiste en suponer que el léxico, la morfología y la sintaxis de

En el artículo 28 de la ley, se insiste, con respecto a la Sociedad de Información, en la necesidad de proyectos que apuesten por la igualdad, en su apartado 4: “En los proyectos del ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación sufragados total o parcialmente con dinero público, se garantizará que su lenguaje y contenidos sean no sexistas”.

Y con respecto a la Corporación RTVE, en el artículo 37. 1. b., y la Agencia Efe, artículo 38. 1. b., se les pide, para transmitir una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de las mujeres en la sociedad: “Utilizar el lenguaje en forma no sexista”.

La necesidad de una legislación de este tipo existe cuando se percibe en la sociedad un comportamiento discriminatorio con respecto a las mujeres, lo que da cuenta del camino que aún debemos recorrer en materia de igualdad. Fue un proyecto novedoso en su momento, una iniciativa magnífica y llena de buenas intenciones, pero la realidad es que la aplicación práctica en muchas ocasiones ha sufrido los envites de la ambigüedad, cuando no las críticas por la preferencia femenina en determinadas ayudas y subvenciones que han quedado luego al descubierto por ciertas prácticas engañosas.

Con todo, aplaudimos iniciativas de este tipo, pero que no se queden en meros protocolos formales de lenguaje en contra del patriarcado, o prácticas machistas aún existentes. El lenguaje inclusivo es un medio, pero debe ser coherente con las normas de la Real Academia Española, coherente con la sociedad que vivimos, y coherente con la posición equivalente de igualdad que predica la mujer, para conseguir el objetivo final, que no es otro que la ansiada paridad que exigimos como connatural al nacimiento, y que conduzca a la desaparición definitiva de la discriminación por razón de género.

Recibido em: 3 jan. 2018.

Aceito em: 10 jun. 2018.

nuestra lengua han de hacer explícita sistemáticamente la relación entre género y sexo, de forma que serán automáticamente sexistas las manifestaciones verbales que no sigan tal directriz, ya que no garantizarían “la visibilidad de la mujer”.

ALIMENTOS LEGALES DE LOS ABUELOS EN FAVOR DE LOS NIETOS, DESDE EL DERECHO ROMANO A LA ACTUALIDAD

María José Azaustre Fernández

Profesora Asociada de Derecho Romano de la Universidad de Oviedo.

azaustremaria@uniovi.es

RESUMEN: Aunque el deber de alimentos entre ascendientes y descendientes es recíproco, el trabajo se ciñe al estudio de la obligación legal de alimentos a cargo de los abuelos, desde su origen en el Derecho romano, pasando por la recepción de esta figura en nuestro Derecho histórico, hasta llegar al régimen vigente y su aplicación jurisprudencial, estudiando los problemas que en su concreción práctica se han ido planteando en las diferentes etapas, como la determinación de los sujetos obligados, el carácter subsidiario de la prestación, y la extensión y alcance de este deber.

PALABRAS CLAVE: Abuelos. Deber de alimentos. *Negotiorum gestio*. Nietos.

Alimentos legais dos avós a favor dos netos, do Direito Romano ao presente

RESUMO: Ainda que o dever de alimentos entre ascendentes e descendentes é recíproco, o trabalho cinge-se ao estudo da obrigação legal de alimentos a cargo dos avôs, desde sua origem no Direito romano, passando pela recepção desta figura em nosso Direito histórico, até chegar ao regime vigente e seu aplicativo jurisprudencial, estudando os problemas que em sua concreção prática se foram propondo nas diferentes etapas, como a determinação dos sujeitos obrigados, o caráter subsidiário da prestação, e a extensão e alcance deste dever.

PALAVRAS-CHAVE: Avôs. Dever de alimentos. *Negotiorum gestio*. Netos.

Maintenance obligation arising from grandparents towards grandchildren, from Roman law to the present

ABSTRACT: Even though the maintenance obligation between ancestors and descendants is mutual, this article focusses on the study of the legal duty arising from grandparents, from its origin in Roman law, through the reception of the figure in Spanish historical law, to the current regime, studying the practical problems raised in the different stages, such as the determination of the obligated subjects, the subsidiary character of the obligation and the extent and scope of this duty.

KEYWORDS: Grandparents. Maintenance obligation. *Negotiorum gestio*. Grandchildren.

INTRODUCCIÓN

Los abuelos desempeñan un papel fundamental en la familia, especialmente en lo que se refiere al cuidado de los nietos, de la que muchas veces –con el peligro que toda generalización entraña– son soporte espiritual e incluso material, labor que muchas veces se incrementa tras una crisis matrimonial, y así, por ejemplo, son ellos los que muchas veces se encargan de recoger o entregar a sus nietos para dar cumplimiento al régimen de visitas. De forma lenta, el ordenamiento les va reconociendo algunos derechos, como el de comunicar y relacionarse con

sus nietos (artículos 90.B, 94 y 160.2 CC). Pero al margen del papel que tantas veces asumen de forma espontánea, desde el Derecho romano se les ha exigido prestar alimentos a sus nietos cuando los obligados principales no estén en situación de hacerlo. En las páginas que siguen se analizarán algunas de las cuestiones que históricamente han ido surgiendo a la hora de delimitar el alcance de este deber y de su ejercicio.

1. DETERMINACIÓN DE LOS SUJETOS OBLIGADOS

Hablar del deber de alimentos de los abuelos en Derecho romano requiere hacer una serie de distinciones: entre el periodo clásico y el justiniano, entre la familia legítima y la ilegítima, entre los abuelos paternos y los maternos, e, incluso, entre los nietos hijos de un hijo (nietos *ex filio*) e hijos de una hija y ello porque en la peculiar configuración de la familia agnaticia romana, los hijos (y demás descendientes por línea masculina) del hijo *in potestate* quedaban también bajo la patria potestad del abuelo (IJ. 1,9,3), no sucediendo lo mismo con los de la hija. Conviene indicar que todavía existen dudas a la hora de determinar algunos de los sujetos concretamente obligados y el orden exacto en que venían llamados a cumplir este deber de alimentos¹.

Comenzando con el periodo clásico, concretamente a partir de Antonino Pío y Marco Aurelio (siglo II d.C.), momento en el que comúnmente se sitúa el nacimiento de un auténtico deber jurídico de alimentos, al no poder hablarse, antes de esa fecha, más que de un deber social o moral², parece fuera de discusión que el deber recíproco de alimentos existía entre el padre y los hijos legítimos, deber que se extendería a los abuelos y restantes ascendientes paternos³.

¹ Alburquerque, J.M, *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 208.

² Por impedirlo la peculiar configuración de la familia romana, en la que los hijos ni tenían capacidad patrimonial ni podían demandar en juicio al *pater familias*, así como la amplitud de los poderes de este (*ius vitae necisque, ius exponendi, ius vendendi...*). Opina Mordechai Rabello, A. *Effetti personali della patria potestas*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 33, que tal amplitud de poderes respondería a un alto sentido de la responsabilidad por quien lo ejercitaba, calificando Séneca al *pater de quasi domesticus magistratus*. Para Perozzi, S., *Istituzioni di Diritto Romano*, II, 2ª ed., Roma, 1928, p. 168 no podía estar jurídicamente obligado a alimentar quien podía matar. No obstante, se insiste en que, aún en época remota, las leyes regias, el control del colegio pontifical, las costumbres o la posibilidad de obtener una mala nota censoria limitarían el abuso en el ejercicio de tales facultades y que el *pater familias* prestase a los que estaban bajo su potestad lo necesario para vivir; en igual sentido, Biondi, B. *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, p. 291. Kaser, M., *Der Inhalt der patria potestas*, “ZSS” (58) 1938, p. 79 considera al deber de alimentos como llamativa excepción al *ius vitae necisque*, subrayando cómo en época imperial el poder del *paterfamilias* se había ido desvaneciendo, concediéndose facultades extraordinarias al *praefectus urbi* para mandar que los hijos presten el obsequio debido a sus padres (D. 1,16,9,3 - Ulp. I. I *de off. Procons.*; cfr. 154 *in fine* CC). Desde comienzos del Principado se van sentando las bases del deber de alimentos, aunque no puede afirmarse que la obligación fuera exigible en juicio: la *Lex Aelia Sentia* (4 d.C.) establece un deber recíproco de alimentos entre liberto y patrono; el Digesto contiene referencias a Labeón, jurista de comienzos del Principado, en los que defiende que el tutor destine fondos del pupilo para atender a la madre o hermana necesitada (D. 27,3,1,4, *Ulp. l. XXXVI ad Ed.*); hay escritores del siglo I (Séneca, Plutarco o Quintiliano) cuyas obras refieren el deber del hijo de alimentar al padre (De Francesco, *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva*, “LABEO”, 47, 2001, pp. 58 y ss.). Lo que no se puede afirmar es que ya a comienzos de la época clásica la obligación de alimentos fuera exigible en juicio. El procedimiento a través del cual se podrá hacer valer la pretensión de alimentos (a partir del siglo II d.C.) será el de la *extraordinaria cognitio*, desarrollada directamente ante el emperador o ante un funcionario en quien el Príncipe delegaba, generalmente el cónsul, aunque se desconoce si estos tenían competencia por una explícita atribución o conocían más bien por vía de hecho (Cfr. Gutiérrez Berlinches, A., *Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos*, “Revista Foro. Nueva Época”, n. 0, 2004, p. 147).

³ Se discute el fundamento del deber alimenticio en Derecho romano: para unos deriva de la patria potestad (Lanfranchi, F., *Ius exponendi e obbligo alimentare nel Diritto romano classico*, “SDHP”, 1940, V, p. 19; Albertario, E., *Sul diritto agli alimenti*, “Studi di diritto romano”, I, 1933, p. 252); para otros de la *pietas* en sentido romano (Bonfante,

Más complicado es el papel de los abuelos maternos respecto a los nietos legítimos, al resultar debatido el deber alimenticio de la propia madre en el seno de la familia legítima para este período. Mientras que un sector, encabezado por Albertario, niega tal deber de la madre⁴, en base, sobre todo, al rescripto de Marco Aurelio por el que se le permite repetir del padre lo gastado para alimentar a la hija (excluyendo lo entregado por amor maternal: D. 25,3,5,14, Ulp. l. II *de off. cons.*; CJ. 2,19,11-) y a las interpolaciones en abundantes pasajes, numerosos estudios concluyen que, ya en el período clásico, la madre vendría obligada a alimentar a su descendencia legítima si el padre había muerto o era pobre⁵. Se insiste a este respecto en que el rescripto comentado por Albertario no excluía el deber alimenticio de la madre y en la reciprocidad que caracteriza a este derecho, por lo que, si existen supuestos en los que el hijo debe alimentar a la madre pobre (D. 27,3,1,4, Ulp. l. XXXVI *ad. ed.*), esta también debería hacer lo propio.

El deber de la madre suele calificarse de subsidiario respecto al del padre; pero resulta dudoso si, en el caso de que el padre haya muerto o sea indigente, tienen preferencia en la obligación la madre o los ascendientes paternos⁶. Lo que está claro es que, en relación a los hijos de la hija, el deber del abuelo materno sería subsidiario, correspondiendo en primer lugar al padre o al abuelo paterno, bajo cuya potestad quedaba, y así lo establece Marcelo en D. 25,3,8:

D. 25,3,8 (Mar., l. I *ad. leg. Iul. et Pap.*) Non quemadmodum masculorum liberorum nostrorum liberi ad onus nostrum pertinent, ita et in feminis est: nam manifestum est id quod filia parit non avo, sed patri suo esse oneri, nisi pater aut non sit superstes aut egens est.

En el caso de la familia ilegítima, también en el período clásico, el deber recíproco de alimentos se da entre madre o ascendientes maternos e hijos ilegítimos, pues ni el padre ni, en consecuencia, los abuelos paternos tenían la obligación de alimentar a la prole ilegítima. De esta obligación del abuelo materno se ocupa específicamente el D. 25,3,5,5:

D. 25,3,5,5 (Ulp., l. II *de off. cons.*): Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.

En época justiniana se amplía el círculo de sujetos obligados, pudiendo hablarse de un deber general recíproco entre ascendientes y descendientes, y así, en la familia ilegítima se

P. *Corso di Diritto romano*, I, Giuffré, Milano, 1963, p. 380; Arndts, *Trattato delle Pandette*, III, Bologna, 1879, p. 94); para otros en fin – y para todos en la época justiniana- de la equidad y el afecto de la sangre.

⁴ Seguido por Biondi, cit., p. 291 y Roberti, M., *Il diritto agli alimenti nel Diritto romano e nelle fonti patristiche*, «Miscellanea Vermeersch», II, Roma, 1935, p. 26 y Kaser, cit., p. 79.

⁵ Zoz, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, “BIDR”, 73, 1970, p. 339 considera que si el abuelo materno debe proveer alimento en caso de necesidad del padre *ex* D. 25,3,8, con mayor motivo debería hacerlo la madre; Polo Arévalo, E.M., *Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento*, Aranzadi, 2011, pp. 66 y ss.; Alburquerque, *De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos*, “RGDR”, 11, 2008.

⁶ Para Glück, en el caso de padre *sui iuris* indigente, la madre rica, favorecida por el Derecho sucesorio y unida por vínculos de sangre más próximos, estaría obligada antes que los abuelos; en igual sentido Windscheid, B., *Diritto delle Pandette*, trad. Fadda-Bensa, II, UTET, Torino, 1930, p. 840 y Arndts, II, cit., a partir de la 9ª ed. En contra, afirman la precedencia del deber de los abuelos paternos respecto a la madre Pothier, R.J.-*Pandectae Justinianae*, IX, Parisiis, 1821, p. 327; Lavaggi, G., *Alimenti*, “ED”, II, Giuffré, 1958, p. 20; Sachers, E., *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit*, reseña en “IURA”, III, 1952, p. 427; Pólo Arévalo, cit., p. 67. Alburquerque, *De la justicia ...cit.*, p. 9 entiende el deber de la madre como subsidiario del del padre; Zoz, cit., p. 337, considera clara la subsidiariedad del deber de la madre respecto del padre (si provee alimentos lo hará como *negotiorum gestor*) pero dudosa respecto a los ascendientes paternos.

afirma el deber de alimentos del padre, excepto en los casos de uniones nefandas, incestuosas o condenadas (Nov. 89,12,6)⁷ aunque no está clara la extensión en este caso al abuelo paterno⁸.

El deber alimenticio recíproco de ascendientes y descendientes queda patente en los siguientes fragmentos del Digesto:

D. 25,3,5,2 (Ulp. I. II de off. cons.) Utrum autem tantum patrem avumve patrum proavumve paterni avi patrem ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem ceterosque parentes et per illum sexum contingentes cogamur alere, videndum. Et magis est, ut utrobique se iudex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini: et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere iudicem oportet.⁹

D. 25,3,5,3 (Ulp. I. II de off. cons.) Idem in liberis quoque exhibendis a parentibus dicendum est.

Efectivamente, ante la cuestión de si existe obligación de alimentar solo al padre y los ascendientes paternos, o si también a la madre y a los demás ascendientes por esta línea, señala Ulpiano que es preferible que el juez defienda ambas líneas, dado el fundamento de este deber alimentario (la *aequitas* o el afecto de la sangre, predicable respecto a todos los ascendientes), reservando a este la tarea de examinar detenidamente las pretensiones de cada una de las partes. Es importante esta mención al arbitrio judicial a la hora de ponderar esta obligación alimenticia, que, como veremos, sigue rigiendo en la actualidad. La disposición resulta aplicable en sentido inverso, es decir, respecto a los descendientes que hayan de ser alimentados por los ascendientes. No está resuelta la cuestión de si, en el caso de los abuelos, existe alguna preferencia entre las líneas, esto es, si los abuelos paternos preceden a los maternos o todos ellos están llamados al mismo tiempo¹⁰.

En ocasiones, la separación o divorcio trae aparejadas consecuencias desde el punto de vista del deber de alimentos de los abuelos. Así, en el Derecho romano se prevenía que, en los supuestos de disolución matrimonial, las mismas disposiciones establecidas para alimentar a la madre pobre o a los hijos indigentes, han de ser aplicadas también en relación a todos los ascendientes y *descendientes* de ambos sexos (Nov. 117,7 y Aut. *Ut liceat matri et aviae*, C.J. 5,24,1)¹¹.

⁷ Nov. 89,12,6: *Oportet enim per omnem viam subtilitatem simulque pietatem transire. Si quis igitur habens filios legitimos relinquat et naturales, ab intestato quidem nihil eis existere omnino volumus, pasci vero naturales a legitimis sancimus, ut decet eos secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam, quod videlicet apud nostras leges viri boni arbitrato dicitur. Hoc ipso custodiendo, vel si coniugem quidem habet, filios autem naturales et ex defuncta concubina sibi natos, <ut> et illi alantur ab eius successoribus. De nepotibus enim naturalibus quae iam a nobis specialiter etiam de ipsis disposita sunt obtineant.* Sobre la influencia de la patristica en el Derecho postclásico y justiniano en la materia, Roberti, cit., p. 25 y ss.

⁸ Glück, cit. p. 267, entiende que el abuelo paterno debe alimentar al nieto ilegítimo si ha devenido heredero de este, y, considerando la cuestión controvertida en los demás supuestos, acaba por declarar exento de tal deber al abuelo paterno, pues el D. 25,3,5,5 es claro al mencionar únicamente como obligado al materno y a que ni siquiera respecto a los hijos naturales, pese a la existencia de un limitadísimo derecho sucesorio, se imponía al abuelo paterno del hijo natural un deber de alimentar. En este punto Glück resultaba especialmente expresivo: *Il padre, questo padre già contristato dal trascorso filiale, deve anche scontare con il sacrificio di una parte dei suoi beni quel fallo del figlio nel quale non ebbe la più lontana colpa?* (*ibid.* p. 69). En contra, Voet, J., *Commentarius ad Pandectas*, II, Colonia Allobrogum, 1778, p. 138, para quien el abuelo debía alimentar tanto al nieto natural del hijo legítimo como al nieto legítimo del hijo natural.

⁹ Se admite comúnmente que el fragmento está interpolado (Cfr. Levy-Rabel, *Index Interpolationum*, I, pp. 111-112)

¹⁰ La cuestión es dudosa para Zoz, cit., p. 341, Orestano, R., *Alimenti*, "NNDP", I, UTET, Torino, 1981, p. 483 y Albuquerque, cit., p. 208. Consideran que no hay que hacer distinción de líneas Bonfante, p. 380 y Glück, cit., p. 266.

¹¹ El régimen aplicable a la custodia y alimentos de los hijos se establece aquí en función de la culpabilidad en el divorcio y de la riqueza de los cónyuges, frente al libre arbitrio judicial que regía desde Diocleciano y Maximiano

Finalmente, para concluir las referencias a los sujetos obligados en el Derecho romano, hay que señalar que el deber de alimentos tanto de padres como de los restantes ascendientes cesa por motivos graves, por ejemplo, haber sido denunciado por el hijo¹².

En Derecho patrio, algún fuero municipal, como los de Aragón¹³, recoge excepcionalmente el deber alimenticio de los abuelos hacia sus nietos, pero por lo general, los fueros que contienen alguna prescripción en materia de alimentos, se refieren principalmente al deber alimenticio del hijo respecto al padre (en raras ocasiones, también respecto a los abuelos)¹⁴. La recepción del Derecho romano se produce sobre todo en la Part. 4,19,4 (“Que razon escusa al padre o a la madre, que non crian sus fijos, qué eran tenudos de criar”)¹⁵, relativa al deber de los abuelos de alimentar a los nietos legítimos. Se trata de una obligación subsidiaria¹⁶ que surge cuando el padre y la madre¹⁷, por pobreza, se ven imposibilitados para proveer lo necesario para criar a los hijos:

Part. 4, 19, 4. Pobreza escusa á las vegadas a los omes, ue non fagan algunas cosas, que eran tenudos de fazer de derecho. E por ende, maguer diximos en la ley ante desta, que el que era en culpa por que se partio el casamiento, que ese era tenuto de dar al otro de lo suyo, con que criasse sus fijos que ouiesse de so vno, razón y ha porque non seria assi. Ca si aquel fuesse pobre, e el otro rico, estonce el que ha de que lo pueda fazer, deue dar de que se crien los fijos. E si el padre, o la madre, fuessen tan pobres, que ninguno dellos non ouiesse de que los criar; si el abuelo, o visabuelo de los moços, fueren ricos, qualquier dellos es tenuto de los criar, por esta razon: porque assi como el fijo es tenuto de proveer a su padre, o a su madre, si vinieren a pobreza; o a sus abuelos, e a sus abuelas, e a sus visabuelos, e a sus visabuelas, que suben por la liña derecha; otrosi es tenuto cada vno dellos, de criar a estos moços sobredichos, si les fuere menester, que descien den otrosí por ella.

(294 d.C) (López-Rendo Rodríguez, *Efectos personales del divorcio en relación a los hijos. De Roma al Código Civil español*, «RIDROM», 9, 2012, pp. 249-340).

¹² D., 25, 3, 5, 11 (*Ulp., l. II de off. cons.*) Idem iudex aestimare debet, num habeat aliquid parens vel an pater quod merito filios suos nolit alere: Trebatio denique Marino rescriptum est merito patrem eum nolle alere, quod eum detulerat.

¹³ En la versión de Vidal Mayor, 6,26, recogida por Martínez Gijón, *Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho Histórico Aragonés*, “AHDE”, 54, 1984, p. 296: “Et otrosí el padre et la madre et el auuelo et la auuela, si son ricos, deuen ser constreynnidos que gouieren al fillo et a la filla, al nieto et a la nieta, si son mingoados, según del poderio et las tenienças que han”.

¹⁴ Capítulo 6 del Fuero de Zamora: “Padre o madre, o avuelo o avuela que a pobridade venieren, e fillos o fillas ovieren, tómennos ellos fillos o las fillas, e lavennos e catennos e mundennos e viestannos e denles a commere e a beber commo a sos corpos, a segundo so poder, como non cayan mal. E se esto no quisieren fazer, vayan ellos iuyzes a las casas de los fillos o de las fillas, e échenos fuera de las casas, e metan ellos padres e las madres en elas. E coman e beuan e vestan e calcen, e los fillos o las fillas anden de fuera, ata que fagan assi como este libro manda”.

¹⁵ En el Fuero Real encontramos solo una referencia al deber alimenticio de los hijos hacia los padres, y de estos hacia los hijos ilegítimos (FR. 3,8,3)

¹⁶ Escriche, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, I, Madrid, 1874, p. 436

¹⁷ Según la Part. 4,19,3 la madre debía proporcionar alimentos hasta los tres años (plazo relacionado con la lactancia) y el padre después. Así se venía estableciendo, con matices, en varios fueros municipales (Gacto Fdez, cit., p. 132 y ss.) y en el FR., 3,8,3. Escribe Pérez y López, A.X., *Teatro de la legislación Universal de España e Indias*, III, Madrid, 1792, p. 368, al respecto: “Los primeros alimentos debidos a los hijos por todo el tiempo de su infancia hasta que hayan llegado a una edad, en que habiendo adquirido mayores fuerzas, parezcan ya capaces de otros más recios, corresponden privativamente a las madres, como la naturaleza misma enseña, proveyéndolas abundantemente, por lo más regular de los medios y facultades necesarias para este efecto quasi desde el instante de sus partos. Después de aquella tierna y delicada edad, corresponde a los padres, y en defecto de éstos a las madres, la obligación de suministrar a sus hijos alimentos proporcionados a su calidad y facultades: beneficio que deben no sólo a los hijos legítimos, sino también a los ilegítimos o naturales, y del que sólo los incestuosos pueden quedar excluidos recayendo en los abuelos y demás ascendientes de la línea paterna y a falta de ellos en los de la materna, toda la obligación de los padres y de las madres, ó ya por muerte, ó ya por imposibilidad de éstos, a quienes verdaderamente suceden en sus derechos y obligaciones sobre los individuos de sus propias familias, y cesando desde luego la misma obligación así para con unos, como para con otros, quando los hijos cometan contra ellos cualquiera especie de ingratitud, que justamente los haga merecer esta pena, o quando lleguen a adquirir medios y facultades suficientes para mantenerse por sí mismos, sin socorro ni auxilio alguno de sus padres”.

La precedencia en el deber alimenticio de la madre respecto a los abuelos, cuando falta el padre o es indigente, se desprende claramente del tenor literal de la norma, circunstancia señalada con cautela por Gregorio López¹⁸. A continuación compara el Derecho romano y el patrio para el caso de que falten ambos progenitores: si el D. 25,3,8 parecía disponer –dice– que tan solo estaba obligado el abuelo paterno¹⁹, la ley de Partida parece imponer la obligación de todos los abuelos, aclarando que, “en Derecho patrio, a diferencia del romano, por el matrimonio sale el hijo de la patria potestad, y así como ambos sucederían a la herencia del nieto, así deberían también cargar con los alimentos del hijo”.

La ley siguiente (Part. 4,19,5) se ocupa de los alimentos de hijos habidos fuera del matrimonio. Respecto a los naturales, habidos de un concubinato notorio, existe el mismo deber de alimentos de ascendientes paternos y maternos que respecto a los legítimos, salvo que medie impedimento al matrimonio de los padres²⁰. Para el resto de hijos no legítimos (adulterinos, incestuosos, o mánceres) el deber se circunscribe a los ascendientes maternos, en aplicación del principio *mater semper certa est*, quedando al arbitrio de los abuelos paternos contribuir a su crianza, como podrían hacerlo respecto de cualquier extraño²¹.

Una Pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776 señala que subsiste la obligación de alimentos del abuelo cuando el nieto menor de 25 años contrae matrimonio sin su consentimiento o consejo, en los casos en que, por defecto de padre y de madre, tal consejo o consentimiento del abuelo sea preceptivo, aunque establece la pérdida de los derechos que en la herencia del abuelo pudieran corresponderle²².

Pasando al proceso codificador, llama la atención que el Proyecto de 1820 solo alude al deber de alimentos entre padres e hijos, de un lado y entre cónyuges de otro, igual que el Pro-

¹⁸ López, *Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el IX*, t. IV, Barcelona, 1843, Glosa 4 a Part. 4,19,4 (en relación al Derecho romano) “Parece con todoque primeramente estarán á ello obligados los ascendientes por línea masculina, y en subsidio los ascendientes por línea femenina” -con apoyo en D. 25,3,8- “de lo que se infiere, que no estará la madre a alimentar al hijo, como no falten el padre o sus ascendientes, o estos sean pobres (...) y respecto a la madre, quizás esta nuestra ley dispone lo contrario”.

¹⁹ Aunque en D. 25,3,5,2 y 3 se establece la obligación alimenticia respecto a los abuelos y demás ascendientes de ambas líneas.

²⁰ Aclara Gacto Fernández, E., *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Sevilla, 1969, p. 138, que los ascendientes paternos y maternos han de alimentar a los hijos legítimos y naturales, y que, según las costumbres de la época, no había motivo para postergar a unos hijos que eran considerados casi igualmente. La Ley 11 de Toro (Nov. R. 10,5,1) refiere las circunstancias que hacen que se tenga a un hijo ilegítimo por natural.

²¹ Observa Gregorio López, Glosa 30 a Part. 4,19,5, que la ley no menciona al padre, sino solo a los abuelos paternos como sujetos excluidos de la obligación de alimentar a hijos adulterinos, incestuosos, etc., luego estará obligado, debido a la influencia del Derecho canónico (X. 4,7,5, que, como dice Martínez Gijón, *Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León*, “HID”, 8,1982, p. 20, contempla solo a los padres, no a los ascendientes). Para Escriche, cit., p. 436, como la falta de certeza de la maternidad no es aplicable a todos los espurios, sino solo a los de mujeres que se prostituyen a muchos hombres, la exclusión de los abuelos paternos solo procederá frente a los mánceres o hijos de rameras, pero no frente a los adulterinos e incestuosos cuyos padres sean conocidos y ciertos: “¿Y sería justo, por otra parte, gravar enteramente con la carga de alimentos a la madre y sus ascendientes y dejar exonerado al padre y los suyos? ¿sería conforme a la equidad que de dos cómplices en un mismo delito sufriese el uno toda la pena y el otro quedase sin ninguna? ¿Merecerá más consideraciones a la justicia un seductor corrompido, que la joven incauta y débil a quien sedujo, y los padres de la víctima, serán de peor condición que los del que causó la deshonra a su familia?”.

²² Nov. R. 10,2,9,2 y 3 “Si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento o consejo, por este mero hecho, así los que lo contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, quedarán inhábiles, y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho á pedir dote ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres, que pudieran corresponderles por herencia de sus padres o abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática; declarando como declaro por justa causa de su desheredación la expresada contravención o ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso o nulo el testamento de sus padres o ascendientes; quedando estos en libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligación que la de los precisos y correspondientes alimentos”. Los mismos efectos tiene la falta de consentimiento del padre.

yecto de 1836 (arts. 392.10 y 399.2) aunque aquí se introduce una institución novedosa: la de recibir alimentos de los bienes hereditarios²³, pero entre las personas con derecho a percibir tales alimentos no se menciona a los nietos (art. 2.260).

A partir del artículo 69 del Proyecto de 1851 (que contiene ya una sección específica para los alimentos entre parientes) reaparece, también con carácter subsidiario, la obligación legal de alimentar a los descendientes a cargo de los ascendientes de ambas líneas más próximos en grado²⁴, precepto reproducido en el art. 95 del Proyecto de Libro I de 1869. El deber cesa cuando la situación de necesidad provenga de su mala conducta o inaplicación (art. 72). Si el hijo es reconocido por el padre o la madre, tiene derecho a ser alimentado por estos, pero el deber no alcanza en este caso a los abuelos, pues el reconocimiento es un acto personal que no puede producir obligaciones contra un tercero (art. 130)²⁵.

Posteriormente, la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 señala como obligación derivada de la patria potestad, el deber de los cónyuges de criar, educar, según su fortuna, y *alimentar a sus hijos y demás descendientes, cuando éstos no tuvieren padres y otros ascendientes en grado más próximo*, o estos no pudieren cumplir las expresadas obligaciones (art. 63), cesando la obligación por mala conducta del descendiente o falta de aplicación al trabajo. Por último, el art. 122.1º párr. 2º del Proyecto de 1882 dispone, en relación a la familia legítima, que “El derecho a alimentos es recíproco entre padres e hijos, y se extiende a los demás ascendientes y descendientes según el orden de proximidad”.

El Código civil, en su redacción original de 1889, limitaba en su art. 143 el deber recíproco de alimentos, en toda su extensión, a los ascendientes y descendientes legítimos (143.2) a los legitimados por concesión real y sus descendientes legítimos (143.3) y a los hijos reconocidos, así como a los descendientes legítimos de estos (143.4). Si bien se señalaba un deber recíproco de prestarse los auxilios necesarios para la subsistencia entre padres e hijos ilegítimos en quienes no concurría la condición legal de naturales, sin embargo, no se hacía extensivo este deber a los abuelos y ulteriores ascendientes.

El art. 144 establece un orden de prelación para la reclamación de los alimentos, precisando que los ascendientes solo están llamados a prestarlos en defecto de cónyuge o descendientes²⁶. Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima del alimentista. Si son varios los obligados, el reparto no se hace a partes iguales sino en proporción a su caudal respectivo²⁷. En caso de urgente necesi-

²³ Para Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación española*, IV-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 148, equivalen a una legítima limitada.

²⁴ Artículo 69 del Proyecto de 1851: “A falta de padre y madre, los ascendientes de ambas líneas mas próximos en grado tienen obligación de alimentar á sus descendientes”. Informa García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I, Madrid, 1852, p. 84, que, aunque algunos autores propugnaron extender el deber de alimentos hacia el nieto natural cuyo padre es legítimo y al nieto legítimo cuyo padre fuera natural, el art. 779 prohíbe la existencia de efectos civiles entre el hijo natural y los parientes legítimos del padre o madre.

²⁵ García Goyena, cit., p. 145.

²⁶ Sin embargo, el artículo 2.3 del RD. de 12 de diciembre de 1925, por el que se aprueba el Apéndice de Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, establecía un orden de prelación completamente distinto para dicho territorio foral: “Cuando el padre o la madre sobrevivientes no puedan cumplir, o mientras tanto no se haga efectiva la obligación de mantener a los hijos y también por fallecimiento de aquellos, estos serán recibidos y alimentados por el abuelo paterno, en su defecto, por el materno, en defecto de ambos, por la abuela paterna, y, si falta esta, por la materna. Al ascendiente que asuma tal obligación le serán entregados, si existen, bienes o productos del menor suficientes para costearlo”. La Compilación de Derecho civil foral de Aragón de 1967 no contiene ya ninguna previsión al respecto.

²⁷ Cuenca Casas, M., *Artículo 144 CC*, “Comentarios al Código Civil”, I, dir. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1470. Pese a que, según el 940 CC, si los ascendientes son de líneas distintas pero de igual grado, una mitad correspondería a los paternos y otra los maternos, la remisión a las normas de la sucesión legítima no puede llevar a

dad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a prestarlos provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás la parte correspondiente.

Como punto final de este recorrido histórico, la Ley 11/1981, de 13 de mayo modifica el art. 143 CC señalando como sujetos obligados a alimentos a los cónyuges y a los *ascendientes* y descendientes, sin distinción por razón de filiación. Como particularidades de algunos derechos forales merece citarse la exención de la obligación para los parientes discapacitados en Derecho catalán, salvo que previsiblemente sus posibilidades excedan de sus necesidades futuras (art. 237-3 del CC de Cataluña) y la imposición al cónyuge usufructuario en los derechos aragonés y navarro de un deber de alimentos a los hijos y *descendientes* no comunes del cónyuge premuerto.²⁸

Dos cuestiones afloran actualmente en la práctica a propósito del deber alimenticio de los abuelos: el de la demostración de la falta absoluta de medios económicos de los padres, dado el carácter subsidiario de su obligación respecto a la de estos y el de la existencia o no de litisconsorcio pasivo necesario en caso de pluralidad de obligados.

En relación al primer problema, las sentencias más antiguas suelen ser reacias a considerar probada la falta de recursos, remitiéndose a la valoración de la prueba efectuada en la instancia (STS de 7 de septiembre de 1860 -CL 252, 1861-; 10 de enero de 1906 -CL 13- y 27 de abril de 1911 -CL 42, 1912- en esta última se consideró que la declaración de pobreza obtenida por el padre demandante solo surtía efectos procesales y no sustantivos). En cambio, se concedieron alimentos a unos nietos cuyo padre, aun no incapacitado para el trabajo, no podía suministrar alimentos por no consentirle el servicio militar, aceptado por su libre voluntad, dedicarse a una ocupación lucrativa (SSTS de 30 de abril de 1923, CL 41 y 24 de noviembre de 1925, CL 158). Si el padre ostenta una capacidad económica mínima, pero suficiente para hacer frente a las necesidades del alimentista, no puede admitirse la existencia de acción contra los abuelos paternos (SAP Cádiz de 2 de mayo de 2002, JUR\2002\185944). Por último, del carácter subsidiario de la obligación de los abuelos se desprende que los padres no pueden alegar la ausencia de necesidad de una hija “porque le proporcionan alimentos los abuelos maternos” (SAP Madrid de 24 de febrero de 2015, JUR\2015\101553)²⁹.

Es jurisprudencia reiterada la de que no es preciso haber demandado previamente a los obligados principales, esto es, los padres, “por el gravamen que representaría tener que sostener litigios sucesivos y eliminatorios para llegar a determinar el sujeto pasivo que, por sus recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimentaria” además de requerirlo así “los apremios de la deuda alimenticia”. Ahora bien, aunque no se les demande, hay que demostrar que los llamados con preferencia no se encuentran en situación de contribuir. Así lo afirman, con carácter general, la STS de 13 de abril de 1991 (**RJ 1991/2685**) y STS de 5 de abril de 1902 (CL 95) y, específicamente para el caso de los abuelos las sentencias A.P. Asturias de 66/2003

vulnerar el principio de capacidad económica, por lo que todos los abuelos habrían de prestar alimentos en proporción a su caudal respectivo y no en lo que heredarían al alimentista.

²⁸ Art. 298 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas Código de Derecho Foral de Aragón y ley 259 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

²⁹ “Siendo así que la encomiable actitud de unos abuelos que, ante el incumplimiento de un padre de alimentar a su hija no dejan a su nieta desamparada prestándole la necesaria ayuda para sobrevivir, ni exonera al padre incumplidor de su obligación de prestar alimentos a su hija ni genera la obligación de los abuelos de prestar los alimentos a su nieta por delante de los padres de esta” (Fundamento jurídico 4º)

de 31 enero (JUR\2003\134774), AP de Las Palmas 30/2003 de 6 de febrero (JUR\2013\164773) y AP de León de 12 de junio de 2002, (JUR\2002\211076)³⁰.

Respecto al segundo de los problemas mencionados, el de pluralidad de sujetos obligados (abuelos paternos y maternos) se aprecia diferente criterio respecto al aplicado en las reclamaciones alimenticias contra los padres. Así, la STS 326/1994 de 12 de abril (RJ 1994\2789), sobre reclamación a un padre de alimentos para unas hijas mayores, indica que ha de demandarse a todos los obligados, por entender que la demanda dirigida exclusivamente contra uno de ellos, solo podría admitirse en los casos del 145.2, esto es, en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, no concurrentes en el supuesto³¹. Ahora bien, la STS de 2 de diciembre de 1983 (RJ\1983\6816), en la que se reclamaban alimentos a los abuelos paternos, concluye que no se da una situación litisconsorcial que obligue a demandar a la abuela materna, que ya estaba cumpliendo dicho deber de forma espontánea de acuerdo con sus posibilidades, diciéndose que tal llamada no sólo sería innecesaria, sino temeraria³².

Las sentencias de las Audiencias Provinciales no siguen un criterio unánime: para algunas no es necesario demandar conjuntamente a todos los obligados, no siendo oponible la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario (S.A.P. de Girona de 2 noviembre 1994 AC\1994\2227 y S.A.P. de Ourense de 8 de octubre de 1996, AC\1996\1824); para otras, en cambio, solo cuando el actor acreditara que los padres son insolventes, podría acceder a la reclamación a los ascendientes en línea recta de segundo grado, es decir, a los abuelos, “en cuyo caso resultarían obligados de forma mancomunada tanto los abuelos paternos como los maternos, *resultando necesario demandar a todos ellos conjuntamente para establecer el porcentaje de participación de cada uno de los mismos según su posición económica*, so pena de incurrir en una falta de litisconsorcio pasivo necesario” (S.A.P. de Barcelona de 17 de noviembre de 1999, AC\1999\2293). Finalmente, para la S.A.P. de León de 12 de junio 2002 (JUR\2002\211076) deben acreditarse los medios económicos de los abuelos maternos a fin de ponderar los alimentos que corresponderían a la abuela paterna, aunque no llega a hablar de litisconsorcio.

2. POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN ULTERIOR DE LOS ALIMENTOS PRESTADOS

En el Derecho romano los alimentos prestados a un nieto, si se demostraba que no habían sido entregados *ratione pietatis*, podían ser reclamados posteriormente. Así resulta de D. 3,5,33 (*Paul., l. 1, Quaest.*), en el que los herederos de una abuela, administradora de los bienes del nieto, eran demandados por los herederos de éste mediante la acción de gestión de negocios ajenos, por entender que los alimentos habían sido dados por cariño, por lo que no existía obli-

³⁰ La sentencia pese a no “desconocer el problema social que supone el incumplimiento de las sentencias de separación, por la vía del fraude de cambiar de trabajo evitando tener una nómina controlada” insiste en la falta de prueba de la falta de recursos del marido y de la propia actora.

³¹ En este caso, la madre, farmacéutica de profesión, interponía demanda de alimentos en nombre de sus hijas mayores de edad para gastos de instrucción y educación, contra su padre. El Tribunal Supremo dice poder llegar a comprender la postura de la Audiencia que eludía el litisconsorcio pasivo necesario en razón de las dificultades y retrasos que entrañaba la admisión de tal excepción, pero recordando su misión unificadora de doctrina jurisprudencial, se niega a consagrar la tesis de que es viable, de forma indiscriminada, demandar a uno solo de los obligados a alimentos, cuando hay varios obligados en el mismo grado.

³² Cuenca Casas, cit., p. 1473, aun sin dudar del acierto de la sentencia desde un punto de vista práctico, critica que al no llamar al procedimiento a uno de los alimentantes por estar cumpliendo voluntariamente, se impide la valoración de su capacidad económica. En igual sentido Martínez Rodríguez, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, La ley, Madrid, 2002, p. 202.

gación de devolverlos; para los herederos de la abuela, había que entender justamente lo contrario³³. Considera Paulo que hay que estar a la intención con la que se hubieran prestado los alimentos en el caso concreto, especialmente si estos se habían puesto, como era el caso, en la cuenta de gastos. El pasaje está en consonancia con otros que permiten repetir los alimentos no entregados por oficio de piedad, como ocurre en relación a la madre en D. 25.3.5.14 (*Ulp. l. II de off. Cons.*) y CJ. 2,19,11:

D. 3,5,33 (Paul., l. 1, Quaest.): Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essentiarum praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. Quaero quid tibi iustius videatur. Respondi: haec disceptatio in factum constituit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? Pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.

En las Partidas quedaba al arbitrio de los abuelos paternos la contribución a la crianza de los nietos ilegítimos no naturales, “por que non mueran”, como podrían hacerlo respecto a cualquier extraño. En esta circunstancia, conforme a la Part. 4,20,3, los gastos se presumirían realizados *ratione pietatis* y no nacería derecho de repetición, salvo que al principio de la crianza se hubiera advertido la intención de cobrarse los gastos realizados³⁴. Por otra parte, según la Part. 4,19,7 no se admite la restitución de los alimentos interinos, aunque en la sentencia definitiva se negasen³⁵. La legislación alfonsí será posteriormente recogida en la Nov. R. 7,37,25 y 26³⁶.

En la STS de 19 de enero de 1885 (CL 412) el Alto Tribunal consideró con derecho a devolución de lo abonado indebidamente en concepto de alimentos al abuelo que se ocupó de los gastos de su nieta menor, de los que su padre se había desentendido. Pone especial cuidado el relato de los hechos en destacar como el abuelo no había obrado *ratione pietatis*, sino “bajo el supuesto racional y justo de que sería indemnizado de una manera prudente y equitativa”.

³³ Accursio gl. *ex contrario dicebatur* considera que los herederos de la abuela pueden argumentar que no se puede pedir lo que esta hubiere gastado en alimentar al nieto, al no ser fácil ver a una mujer donar, pues su género es avarísimo (*Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii*, I, Osnabrück, 1966, p. 413)

³⁴ López en la gl. 164 a Part. 5,12,35 indica que en caso de duda, no se presumirá haber ogrado por motivo de piedad, porque por punto general la donación no se presume. Por otro lado, señala Pérez y López, *op. cit.*, p. 367, que la obligación de alimentos de la madre desde que el hijo cumple tres años es subsidiaria de la del padre, por lo que si presta alimentos podrá reclamarlos con posterioridad: “Como no corresponde a las madres, según se ha dicho, la obligación de dar alimentos a sus hijos después de aquella edad, mientras vivan y tengan facultades para suministrarlos sus padres; se infiere claramente, que si viviendo éstos y no pudiéndoselos dar, se los suministraren sin embargo las madres, podrán siempre que quieran reclamarlos, quedándolas por tanto, la acción negotiorum gestor para repetir las impensas causadas en los mismos alimentos, á no ser que se los hayan suministrado con ánimo e intención de donárselos”.

³⁵ García Goyena, *cit.*, p. 82.

³⁶ Los terceros no obligados podían reclamarlos a los padres y a los mismos hijos en caso de insolvencia de aquellos, aunque se los hubiese dado por orden expresa de estos “pues entre los hijos y el tercero se forma un cuasi-contrato que impone a los primeros la obligación personal de satisfacer lo que le dio el segundo para su subsistencia” (Escribano, *cit.*, p. 437)

Posteriormente surgió una jurisprudencia, precisamente en relación a devoluciones de alimentos reclamados por los abuelos, en las que se sentó la doctrina de que no puede darse efecto retroactivo a la sentencia de segunda instancia que disminuye la pensión alimenticia asignada en la primera, “de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida” (SS.TS. 30 de junio de 1885-CL 289-, 26 de octubre de 1897 -CL 119- y 18 de abril de 1913 -CL 31 de 1914-). Dicha jurisprudencia ha sido aplicada recientemente en la STS 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015/1915) como argumento adicional para rechazar la demanda de devolución de alimentos tras la sentencia que reconocía la falta de paternidad biológica del demandante.

El actual 1894 CC recoge el régimen romano y de Partidas, si bien ahora la presunción es contraria a la entrega *ratione pietatis*:

“Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.

Aunque no se han encontrado demandas recientes de devolución de alimentos por parte de los abuelos, cabría considerar la posibilidad de que los abuelos pidieran, con base a este precepto, una devolución de los alimentos prestados indebidamente a los nietos en el caso de que el padre o la madre se encontraran en situación de prestarlos. En teoría parece posible, no faltando autores partidarios de extender el concepto de “extraño” del artículo a todos los no obligados a la prestación alimenticia³⁷, incluyendo a sujetos enumerados en el 144 CC que presten alimentos existiendo obligados de rango superior³⁸. También hay que tener en cuenta que se exige la falta de conocimiento del obligado, requisito con el que la doctrina se ha mostrado muy crítica³⁹.

El art. 237-11 del CC catalán permite reclamar los alimentos prestados a la entidad pública o privada o *cualquier otra persona que preste alimentos* si el obligado no lo hace, siempre que conste que no se dieron desinteresadamente, prescindiendo además del requisito de la falta de conocimiento del obligado a prestarlos, pero limita la cuantía a las pensiones correspondientes al año en curso y al año anterior a este.

³⁷ Jiménez Muñoz, F., *La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes*, “AHDE”, 2006, p. 762; Andrés Santos, F.J., *Art. 1894*, “Comentarios al Código Civil”, dir. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 2037. Contra, Núñez Lagos, *Comentarios al Código civil de Quintus Mucius Scaevola*, XXX-1, Reus, Madrid, 1957, p. 517, entiende que nos encontraríamos ante un gestor familiar, al que se aplicarían las reglas de pago por otro del 1158 CC. Para Martínez Rodríguez, cit., p. 552 no se ha de presumir la liberalidad del tercero por tener estrechos vínculos con el necesitado, pues la norma no establece distinciones.

³⁸ Sánchez Jordán, E., *Art. 1894*, “Código civil comentado”, IV, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 1417.

³⁹ Se trata de un requisito desconocido en el Derecho romano y el histórico. Cfr. Martínez Rodríguez, cit. p. 553 y ss. Núñez Lagos, cit., p. 513 cree que el 1894.1 no deroga el 1.158, que reconoce la acción por el enriquecimiento como supletoria de la de pago por otro. De otra forma se consagraría un enriquecimiento injusto en el *dominus* y una situación antisocial, al privar al gestor de toda acción solo porque el obligado conozca que sus parientes están siendo atendidos. Díez Picazo, L. *Sistema de Derecho civil*, II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 570, destaca como este es justamente uno de los supuestos donde la doctrina admite una gestión *prohibente domino*.

3. POSIBILIDAD DE CUMPLIR LA OBLIGACIÓN EN EL DOMICILIO DEL ALIMENTANTE

La prestación alimenticia en Roma podía consistir en la entrega de una suma de dinero o de una prestación en especie (D. 2,15,8,24, Ulp. l. V *de omn. trib.*)⁴⁰ que podía realizarse o no en el domicilio del obligado, según los casos. Señala Perozzi⁴¹ que el magistrado era libre para establecer el tiempo, forma y modo de la alimentación, pudiendo ordenar la prestación de lo que denomina alimentos inmediatos o propios (los prestados *in natura*), o alimentos mediatos o impropios, cuando la prestación se fija en dinero⁴². En ocasiones, era la ley la que fijaba el lugar de cumplimiento de la prestación alimenticia, que no tenía por qué coincidir con el domicilio del alimentante; así la Nov. 117,7 ordena que cuando el divorcio fue por culpa del marido y la madre ha pasado a segundas nupcias, los hijos han de ser alimentados en poder de la madre *sufragando el padre los gastos*. El testador podía imponer como condición que los alimentistas convivieran con el alimentante o que vivieran en un determinado lugar, como un templo, o en el lugar donde el testador tuviera su sepulcro⁴³, lo que en principio había de respetarse, pero se admitían excepciones en caso de crueldad inmoderada del heredero (D. 34,1,13, Paul, l. XIV *Resp.*) Se podía transigir sobre el lugar o forma de cumplimiento de la obligación, aunque tales transacciones requerían aprobación del pretor para evitar perjuicios a los alimentistas necesitados. Efectivamente, entre las justas causas para la validez de estas transacciones se incluyen la de “si el heredero tenía el domicilio en un punto y el alimentario en otro”, “si uno de ellos decide trasladar su domicilio”, o “si urge por algún motivo tener dinero en el acto” (D. 2,15,8,9, Ulp., l. V *de omn. trib.*).

En el Derecho común se entiende que el alimentante tenía derecho a mantener al alimentista en su propia casa, salvo en supuestos en que la convivencia era imposible⁴⁴. En el siglo XVI, Surdi, en su *Tractatus de Alimentis*⁴⁵, aunque parte de que la voluntad del testador es ley, debiendo, por tanto, el alimentante cumplir la prestación en su casa si esta condición fue impuesta por el testador, señala varias causas por las que, no pudiendo el alimentista habitar en casa del heredero, puede pedir al juez la prestación *extra domo*, recayendo, eso sí, sobre el alimentista la carga de la prueba: odio o litigio pendiente entre las partes, sevicias, carácter pendenciero de la mujer del heredero, peligro de impudicia si es joven el alimentista o deseo de éste de habitar con su mujer e hijos, pues no debe separarse a los esposos o a los padres de los hijos. Se trata, en suma, de proteger al alimentista cuando el cumplimiento de la prestación en casa del alimentante pudiera resultar peligrosa o perjudicial. En cuanto al cambio de domicilio por decisión del heredero, si es hecha por simple voluntad, el alimentista puede pedir que se le presten los alimentos fuera de ésta; en caso de hacerse por necesidad del alimentante, por el contrario, no podrá formular tal petición.

En nuestro país, antes de la Ley del Matrimonio Civil se discutía si, en casos determinados, podría cumplirse fuera de casa del heredero la prestación de alimentos impuesta por el testador para ser realizada en el domicilio de este. La doctrina se mostraba favorable a tal posi-

⁴⁰ También los papiros egipcios revelan que la prestación podía ser en dinero o en especie (Taubenschlag, R, *Die Alimentationspflicht im Recht der Papyry*, St. Riccobono, I, 1971, p. 507)

⁴¹ Perozzi, cit., p. 170

⁴² En D. 27,2,1, pr. y 1 (Ulp., l. XXXIV ad ed.) se indica que muchas veces el pretor debe señalar dónde deben ser alimentados los hijos póstumos o los pupilos, pudiendo, en ocasiones, apartarse de la voluntad del padre. Otras veces la determinación correspondía al juez (CJ. 5,25,3).

⁴³ D. 34,1,18,5, Scaev. l. XX dig.

⁴⁴ Padiá Albas, A., *La obligación de alimentos entre parientes*, Bosch, Barcelona, 1997 y Cobacho López, J.A., *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 107.

⁴⁵ Surdi, P., *Tractatus de alimentis*, Venetiis, 1594, tit. IV, *quaest.* XV, pp. 153 y ss.

bilidad, destacando que la cohabitación no es esencial para la prestación de alimentos y el suplicio que puede suponer convivir con una persona enemiga⁴⁶. Por otro lado, doctrina y jurisprudencia solían negar al padre el derecho a exigir a los que no estuvieran bajo su potestad que percibieran los alimentos en casa y compañía⁴⁷.

Ya Escriche⁴⁸ planteaba las ventajas e inconvenientes de esta forma de cumplimiento de la obligación, pues, si, de un lado “no puede forzarse al alimentista a que se aloje y reciba su subsistencia en casa del deudor, porque tal vez se creará humillado con esta sujeción, o temerá no encontrar todos los miramientos debidos a su desgracia, o se expondrá a sufrir malos tratamientos”, de otro “si el deudor no puede pagar la pensión alimenticia, fuerza será entonces que el alimentista se acomode a vivir en su compañía, con tal que nada tenga que temer”.

El artículo 78 de la Ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 indicaba que el alimentista tendrá que vivir en compañía del que debiere satisfacer los alimentos, si este justificare no poder cumplir de otro modo su obligación por la escasez de su fortuna. Con la promulgación del Código civil se cambia el sentido del precepto, de carácter imperativo, sustituyéndolo por un derecho de opción en favor del alimentante, disponiendo el art. 149 CC que “el obligado a alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se le fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”⁴⁹. No obstante, examinando el proceso codificador se encuentran antecedentes de esta disposición, si bien no llegaron a plasmarse en los respectivos proyectos⁵⁰.

Los tribunales siempre entendieron que el derecho del 149 no tiene carácter absoluto e inflexible, subordinándolo a la doble condición de que el deudor tenga domicilio propio y de que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor se traslade a ella y reciba allí los alimentos⁵¹. Finalmente, la L.O. 1/1996, de 15 de enero, introdujo un segundo párrafo en el citado artículo, en el que, corroborando la jurisprudencia sobre el particular, pasa a primer término el interés primordial del menor. En consecuencia “esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concorra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad”.

En el caso de los abuelos alimentantes, nuestros tribunales, al examinar el caso concreto, tienden a valorar si del conjunto de las circunstancias resulta que nada obsta al cumplimiento de la obligación en el domicilio de los abuelos, accediendo entonces a la petición y denegándola en caso contrario. La S.A.P. de Sevilla 6/2009 de 15 enero (JUR\2009\211785) acogió la petición subsidiaria de los abuelos paternos de prestar alimentos en su propia casa, a sus tres nietos, pues nada obstaba en este caso el ejercicio del derecho de opción, toda vez que el hijo

⁴⁶ Otto y Crespo, N., *De la prestación de alimentos*, “RGLJ”, XX, 1862, p. 186.

⁴⁷ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, I, Reus, Madrid, 1956, p. 839.

⁴⁸ Cit., p. 442.

⁴⁹ Scaevola, Q. M., *Código civil*, III, 5ª ed., Reus, Madrid, 1942, p. 469 destacaba el silencio legislativo sobre el lugar de cumplimiento de la obligación cuando esta haya de efectuarse pagando una pensión, recogiendo la STS de 16 de enero de 1866 que señala que, en la duda, debe resolverse en contra del obligado a darlos. También destaca, refiriéndose al Derecho foral aragonés cómo el derecho de opción concedido al alimentante por el 149 CC para que pueda mantener en su casa al alimentista se convierte, en la legislación foral aragonesa, en un deber ineludible (*vid. supra*, n. 27).

⁵⁰ En los trabajos preparatorios del Proyecto de 1851 ya figuraba la opción de tener en casa al beneficiario o de pagar los alimentos, que no pasó al proyecto definitivo (Lasso Gaité, cit., p. 175)

⁵¹ Marín López, J. J. *De los alimentos entre parientes*, “Jurisprudencia Civil Comentada”, dir. Pasquau Liaño, I, 2ª ed., Granada, 2009, p. 623. La STS de 31 de enero de 1902 (CL 30) rechaza la opción de alimentar en su propia casa respecto a una hermana constituida legítimamente en depósito durante los trámites del divorcio; también la de 5 de julio de 1901 (CL 13) rechaza esta opción, al no tener la mujer domicilio propio, debiendo permanecer en el del marido hasta que se decreta el divorcio.

mayor ya estaba recibiendo la pensión alimenticia en casa de los abuelos, encontrándose su casa tan solo a una distancia de doscientos metros. En cambio, la STS de 2 de diciembre de 1983 (RJ\1983\6816) entendió que, ante la colisión entre el derecho de opción del 149 y los obstáculos de orden moral como serían la dispersión de la familia al pasar unos hermanos al cuidado de los abuelos de un lado y los derechos-deberes que para la madre derivan de la patria potestad de tenerlos en su compañía para cumplir las funciones que el art. 154 CC le asigna, de otro, da primacía a estos últimos, máxime porque la edad de los alimentantes (septuagenaria y octogenaria), haría difícil el cumplimiento de la totalidad de los deberes que se comprendan en el amplio concepto de alimentos⁵². Coincide esta sentencia con la pronunciada casi un siglo atrás, el 25 de noviembre de 1899 (CL 85) según la cual no cabía el derecho de opción cuando, para prestar los alimentos el alimentante en su casa, tiene que hacer salir a sus nietos de la casa y poder de la madre, arrebatándole la patria potestad y privándole de atender a sus primeras y más urgentes necesidades.

4. EXTENSIÓN Y CONTENIDO DEL DEBER

A la hora de determinar la procedencia de la prestación de alimentos a los nietos, hay que atender a la situación del alimentante, y en la fijación del monto de esta pensión, tanto si es uno como si son varios los obligados, el juez actuará ponderando las circunstancias de cada caso, según norma de actuación que encontrábamos ya en D. 25,3,5,2 (Ulp. 1. II *de off. cons.*) Ejemplos de esta actuación los encontramos en la SAP de Barcelona 265/2012 de 19 de abril (JUR\2012\219509), en la que se rechaza la petición de aumentar la forma de contribución de alimentos del abuelo codemandado "habida cuenta que ya se impone la de obligación del pago del comedor escolar (asumida voluntariamente por el abuelo), que subsiste la obligación del padre de los menores con carácter preferente, que se abonan algunas cantidades y que el Sr. D. tiene además otras cargas que afrontar como es el abono de los alimentos de su propio hijo enfermo".

En cuanto al alcance de la obligación alimentaria de los abuelos, es de cita inexcusable la STS 120/2016, de 2 de marzo (ROJ 769/2016), en la que una madre interpuso demanda en nombre de una menor contra sus cuatro abuelos, quedando acreditada la incapacidad tanto del padre, en situación de absoluta insolvencia y con una enfermedad que le impedía trabajar, como de la madre, con una minusvalía reconocida del 65%. El Juzgado de Primera Instancia de Gijón, en S. 73/2014, de 27 de mayo (JUR/2014/189250), estimó parcialmente la demanda, condenando a los cuatro abuelos al pago de una pensión alimenticia a la menor, si bien en cantidad inferior a la demandada. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, en el sentido de retrotraer la efectividad de los alimentos al momento de interposición de la demanda. Recurrida en casación, considera el Tribunal Supremo que "los gastos extraordinarios reclamados (clases de música y apoyo) no tienen cabida legal en la relación de abuelos-nietos, sin perjuicio que, en ocasiones procederán los gastos extraordinarios si tienen relación con los conceptos recogidos en el art. 142 CC (sustento, habitación, vestido y asistencia médica)". Por tanto, aunque las restricciones del 142 no se apliquen en las relaciones entre padres e hijos menores, pues tienen su amparo normativo en el 93 CC, no puede extenderse la aplicación de este precepto a las relaciones entre abuelos y nietos, aun siendo menores. En la sentencia comprobamos cómo los tribunales ponderan las obligaciones respectivas de los abuelos demanda-

⁵² Considera Beltrán de Heredia, P., *De los alimentos entre parientes*, "Comentarios al CC y las Compilaciones Forales", III-2, dir. Albadalejo, EDESA, Madrid, 1982, p. 49 que, si son varios los obligados a prestar alimentos, la facultad de elección correspondería a quien resulte del acuerdo entre los alimentistas, descartando el establecimiento de un turno de rotación.

dos, teniendo en cuenta tanto los ingresos como las cargas de unos y otros (así, los abuelos paternos, en principio en mejor posición económica, prestaban ya alimentos a sus tres hijos).

5. SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIAL

Según se ha tenido ocasión de señalar, en el Derecho romano se preveía que, en los supuestos de disolución matrimonial, las mismas disposiciones dictadas para los casos en los que se debía alimentar a la madre pobre o a los hijos indigentes, se habían de aplicar también a los ascendientes y descendientes de ambos sexos (Nov. 117,1; Aut. *Ut liceat matri et aviae*, CJ.5,24,1).

En la actualidad, son relativamente frecuentes las contiendas generadas en relación a viviendas que en su día fueron proporcionadas de forma gratuita y sin título concreto por el padre de uno de los cónyuges que ahora se separa o divorcia, para uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial al otro cónyuge. La doctrina del Tribunal Supremo en esta materia se encuentra condensada en las SSTS 919/2008, de 2 de octubre (RJ\2008\5587) y 1022/2005 de 26 de diciembre (RJ 2006, 180) estableciendo que, en primer lugar, ha de discernirse en cada caso concreto si nos encontramos ante un precario o ante un contrato de comodato, caracterizado este porque la cesión gratuita de la cosa se hace por un tiempo determinado o para un caso concreto y determinado (sin que quepa entender por tal el uso que es propio de la cosa genérica: “servir de morada o residencia”), en cuyo caso el comodante solo podría reclamar la restitución transcurrido el plazo o concluido el uso para el que se prestó. Por otro lado, aún habiéndose considerado, como hizo el tribunal de instancia, la relación jurídica que vinculaba a las partes como de contrato de comodato (por el hecho de que la cesión se había efectuado en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que los cónyuges establecieran en ella el hogar conyugal y familiar) se estima que cuando desaparece el uso concreto al que se ha destinado la cosa, lo que sucede cuando se rompe la convivencia conyugal y el propietario no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista, sin que la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda sirva para desvirtuar la situación de precario⁵³.

La cuestión tiene relación con el tema que nos ocupa porque cuando el abuelo propietario de la vivienda ejercita la correspondiente acción de deshaucio contra el excónyuge de su hijo y sus nietos, suele oponerse la alegación de que los nietos del demandante son potenciales perceptores de alimentos de los abuelos. Tal excepción suele ser rechazada, como ocurrió en el supuesto resuelto por la SAP de Madrid 433/2015 de 10 de diciembre (JUR\2016\186011), por entenderse que tal derecho de alimentos

“lo es con un tercero que no participa en este procedimiento, siendo el padre, en el orden establecido por el artículo 144 CC, como lo es la madre, los primeros obligados a prestarlos (...), pero lo que no podemos obviar es que en el presente caso ningún reconocimiento judicial se ha dictado reconociendo ese derecho a alimentos a cargo de la abuela hoy actora”

⁵³ “El derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte –porque no pueden serlo– en el procedimiento matrimonial, pues no genera por sí mismo un derecho antes inexistente, ni permite reconocer a quienes ocupan la vivienda en precario una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, ya que ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda”.

En sentido similar se pronuncian las sentencias de la AP de las Palmas 30/2013 de 6 de febrero (JUR\2013\164773) y de la AP de Navarra de 26 de septiembre de 2005 (JUR\2005\262589).

CONCLUSIONES

El deber legal de alimentos de los abuelos hacia sus nietos, ha sido una constante histórica. Algunos de los rasgos fundamentales de esta obligación se han mantenido a lo largo de las diferentes etapas, como el carácter subsidiario de la prestación respecto a la de los obligados principales o la facultad del juez de ponderar equitativamente las circunstancias del caso, “examinando detenidamente las pretensiones de las partes”. Otros, en cambio, son muestra evidente de la evolución del Derecho de familia, como la desaparición de cualquier tipo de diferencia de trato por razón de la filiación, legítima o ilegítima, de los nietos.

REFERENCIAS

ALBURQUERQUE, José María. **La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual**. Dykinson, Madrid, 2010.

ALBURQUERQUE, José María. De la justicia y la reciprocidad en situaciones de necesidad y dependencia: el reconocimiento y la inclusión jurídico-social de la madre en el cumplimiento de la obligación de alimentos respecto a los hijos, **Revista General de Derecho Romano**, 11, 2008.

ALBERTARIO, Emilio. Sul diritto agli alimenti, **Studi di diritto romano**, I, 1933.

ANDRÉS SANTOS, Francisco Javier. Artículo 1894, **Comentarios al Código Civil**, dir. Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, 2010

ARNDTS, Ludovico. **Trattato delle Pandette**, v. II, trad. Serafini, Arnaldo Forni ed., Bologna, 1875.

ARNDTS, Ludovico. **Trattato delle Pandette**, v. III, trad. Serafini, Arnaldo Forni ed., Bologna, 1879.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo. De los alimentos entre parientes. **Comentarios al Código civil y las Compilaciones Forales**, III-2, dir. Albadalejo, EDERSA, Madrid, 1982.

BIONDI, Biondi. **Diritto romano cristiano**, III, Giuffré, Milano 1954.

BONFANTE, Pietro. **Corso di Diritto romano**, I, Giuffré, Milano, 1963.

COBACHO LÓPEZ, José Antonio. **La deuda alimenticia**, Montecorvo, Madrid, 1990.

CUENA CASAS, M. Artículo 144 CC, **Comentarios al Código Civil**, I, dir. Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

DE FRANCESCO, Anna. Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva. **LABEO**, 47, 2001.

ESCRICHE, Joaquín. **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**, I, Madrid, 1874

GACTO FERNÁNDEZ, E. **La filiación no legítima en el Derecho histórico español**, Sevilla, 1969

GARCÍA GOYENA, Florencio. **Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español**, I, Madrid, 1852

GLÜCK, Friedrich. **Commentario alle Pandette**, v. XXV, trad. Giannantoni-Baviero, Soc. Ed. Libreria, Milano, 1907.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Alvaro. Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del derecho de alimentos, **Revista Foro. Nueva Época**, n. 0, 2004.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes, **Anuario de Historia del Derecho Español**, 2006.

KASER, Max. Der Inhalt der patria potestas, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung** (58) 1938.

LANFRANCHI, Fabio. Ius exponendi e obbligo alimentare nel Diritto romano classico, **SDHI**, V, 1940,

LASSO GAITE, Juan Francisco. **Crónica de la Codificación española**, IV-I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.

LAVAGGI, Giuseppe. Alimenti, **Enciclopedia del Diritto**, II, Giuffré, 1958.

LÓPEZ, Gregorio. **Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el IX**, t. IV, Barcelona, 1843.

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen. Efectos personales del divorcio en relación a los hijos. De Roma al Código Civil español, **Revista Internacional de Derecho Romano**, 9, 2012.

MANRESA Y NAVARRO, José María. **Comentarios al Código civil español**, I, Reus, Madrid, 1956

MARÍN LÓPEZ, Juan José. De los alimentos entre parientes, **Jurisprudencia Civil Comentada**, dir. Pasquau Liaño, I, 2ª ed., Granada, 2009

Alimentos en favor de los ascendientes en el Derecho Histórico Aragonés, **Anuario de Historia del Derecho Español**, 54, 1984.

MARTÍNEZ GIJÓN, José. Alimentos en favor de los ascendientes en el derecho de Castilla y León, **Historia. Instituciones. Documentos**, 8, 1982.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. **La obligación legal de alimentos entre parientes**, La ley, Madrid, 2002

NÚÑEZ LAGOS, Rafael. **Comentarios al Código civil de Quintus Mucius Scaevola**, XXX-1, Reus, Madrid, 1957

MORDECHAI RABELLO, Alfredo. **Effetti personali della patria potestas**, Giuffré, Milano, 1979

OTTO Y CRESPO, Nicolás. De la prestación de alimentos, **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**, XX, 1862,

ORESTANO, Riccardo. Alimenti, **Novissimo Digesto Italiano**, I, UTET, Torino, 1981

PADIAL ALBAS, Adoración. **La obligación de alimentos entre parientes**, Bosch, Barcelona, 1997.

PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier. **Teatro de la legislación Universal de España e Indias**, III, Madrid, 1792.

PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di Diritto Romano**, v.II, 2ª ed., Roma, 1928.

POTHIER, Robert Joseph. **Pandectae Justinianae**, IX, Parisiis, 1821.

POLO ARÉVALO, Eva Maria. **Igualdad y filiación. Estudio de la discriminación de los hijos por razón de su nacimiento**, Aranzadi, 2011.

ROBERTI, Melchiorre. Il diritto agli alimenti nel Diritto romano e nelle fonti patristiche, **Miscellanea Vermeersch**, II, Roma, 1935

SACHERS, Erich. Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der Klassischen Zeit, reseña en **IURA**, III, 1952.

SÁNCHEZ JORDÁN, Elena. Art. 1894, **Código civil comentado**, IV, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

SCAEVOLA, Quintus Mucius. **Código civil**, III, 5º ed., Reus, Madrid, 1942

SURDI, Petrus. **Tractatus de alimentis**, Venetiis, 1594.

TAUBENSCHLAG, Rafael. Die Alimentationspflicht im Recht der Papyry, **Studi Riccobono**, I, 1971.

VOET, Johannes. **Commentarius ad Pandectas**, II, Colonia Allobrogun, 1778.

WINDSCHEID, Berndhart. **Diritto delle Pandette**, trad. Fadda-Bensa, II, UTET, Torino, 1930.

ZOZ, Maria Gabriella. In tema di obbligazioni alimentari, **Bulletino dell' Istituti di Diritto Romano "Vitorio Scialoja"**, 73, 1970.

Recebido em: 3 jan. 2018.

Aceito em: 8 jun. 2018.