

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. XVI	n. 1	jan./jun.	2019	198 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.16, n.1 (jan./jun. 2019) — Fortaleza: UNI7, 2019 [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@uni7setembro.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editora-Chefe

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

Editor-Adjunto

Prof. 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
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 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 sétimo 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. XVI, n. 1, jan./jun. 2019

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

A IMPORTÂNCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NA CONSECUÇÃO DA SOCIEDADE ATUAL

Bruno Marcelo Ferreira Fernandes

Adalberto Simão Filho13

The importance of fundamental duties in the achievement of today's society

CLONAGEM TERAPÊUTICA - DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA

Renata Salgado Leme

Márcia Fuchs dos Santos27

Therapeutic cloning - fundamental right to health, life and human dignity

O EDITO DOS CENSORES CONTRA OS *LATINI RHETORES*: MOTIVAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS

Felipe Eprecht Douverny43

The censors' edict against the Latini rhetores: motivations and consequences

PATENTES E REGULAÇÃO ECONÔMICA APLICADA AOS FÁRMACOS

Daniel Amin Ferraz

Rafael Arcuri61

Patents and economic regulation applied to pharmaceuticals

LAQUEADURA COMPULSÓRIA: ANÁLISE DA TRANSDISCIPLINARIDADE DO "CASO JANAÍNA" A PARTIR DO ESTUDO ETNOGRÁFICO REALIZADO POR PAULA MIRÁGLIA

Fabrcio Veiga Costa

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares79

Compulsory Ligation: analysis of the transdisciplinarity of the "Janaína Case" from the ethnographic study conducted by Paula Mirágli

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

André Dias Fernandes
Cinthia Meneses Maia97

Application of the Consumer Defense Code to users of public services provided by electric power concessionaires

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO RURAL PESSOA FÍSICA: NECESSIDADE DE PRAZO MÍNIMO DE INSCRIÇÃO NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS

Roberto Lincoln Gomes Júnior
Ernani Soares119

The Judicial Recovery of the Rural Entrepreneur: Minimum Time Required for Registration in the Public Registry of Mercantile Companies

O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Karen Bissani
Reginaldo Pereira137

Sustainable Urban Development and International Treaties on Climate Change

LA LOCATIO-CONDUCTIO DEL DERECHO DE HABITATIO

María Olga Gil García151

The Locatio-conductio of the right of habitat

INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS A FINALES DEL SIGLO XVIII (LITIGIO PROCESAL ENTRE DOS HERMANOS GALLEGOS, ALBAÑILES, TRABAJADORES EN MIRÓBRIGA)

Beatriz García Fueyo167

Non-compliance with a leasing contract for services at the end of the eighteenth century

DISCURSO PROFERIDO NO DIA 18 DE FEVEREIRO DE 2019, POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DO TROFÉU AGERSON TABOSA

Raimundo Bezerra Falcão197

A IMPORTÂNCIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS NA CONSECUÇÃO DA SOCIEDADE ATUAL

Bruno Marcelo Ferreira Fernandes

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, São Paulo

Adalberto Simão Filho

Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, São Paulo

RESUMO: O presente estudo debaterá sobre um instituto que atualmente não tem grande relevo na doutrina e jurisprudência, seja nacional ou estrangeira, mas que mesmo assim não deixa de apresentar elevada importância. Os deveres fundamentais, atrelados aos direitos fundamentais apresentam uma importância ímpar, uma vez que compõem a (sub)constituição do indivíduo. Ademais é classificada como uma categoria jurídico-constitucional autônoma, e que tem se desenvolvido ao longo do tempo de maneira muito semelhante aos direitos fundamentais. Trata-se de um importante debate que influencia a formação da sociedade moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Deveres fundamentais. Estado. Sociedade.

The importance of fundamental duties in the achievement of today's society

ABSTRACT: The present study will discuss an institute that currently does not have great importance in the doctrine and jurisprudence, national or foreign, but nonetheless it is not without great importance. Fundamental duties, tied to fundamental rights, are of paramount importance, since they constitute the (sub) constitution of the individual. In addition it is classified as an autonomous legal-constitutional category, and that has developed over time in a very similar way to fundamental rights. It is an important debate that influences the formation of modern society.

KEYWORDS: Constitutional right. Fundamental duties. State. Society.

INTRODUÇÃO

O tema apresentado busca aquecer um debate em torno de um assunto de grande relevância no mundo jurídico, que atualmente é pouco trabalhado pela jurisprudência e doutrina. Trata-se do estudo sobre os deveres fundamentais, assunto abordado pela Carta Magna, que possui grande abrangência, e importância na formação do Estado moderno. Não se admite mais a presença de indivíduos detentores de direitos, sem possuírem deveres, seja com a Pátria, com o Poder Público ou com a sociedade. A evolução da sociedade, reclamam a presença de indivíduos mais solidários e comprometidos com os deveres fundamentais.

Nesse artigo será apresentado a definição do que vem a ser os direitos fundamentais, sua origem por volta do século XVIII, e formação, que é dividida em dimensões, até suas primeiras impressões na Constituição brasileira. Será traçado um paralelo entre direitos humanos e direitos fundamentais. Por conseguinte, se definirá o que vem a ser “dever”, em sentido lato, suas nuances aplicadas ao direito, e as diferenças entre direitos e deveres.

Há uma simbiose essencial entre os deveres constitucionais e os direitos constitucionais, sendo os dois institutos de grande relevância para que haja a vida em sociedade. Assim é necessário que se estude os dois institutos de forma equilibrada confrontando as duas realidades, para

se afastar abusos que possam ocorrer por parte dos Estados, mas também retirar cidadãos da inércia, de que é somente o Estado, que proporciona a consecução da sociedade. Reconhece-se assim que não há somente deveres do Estado para com o cidadão, mas que o contrário também é verdadeiro.

É preciso descortinar o ambiente dos deveres, fazer uma teorização ao se respeito e delimitar o assunto para uma melhor formação da sociedade.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais são definidos como os direitos individuais básicos de todo cidadão. Compreendem garantias asseguradas na seara individual e coletiva (direito a vida, igualdade de todos os cidadãos perante a lei), direitos sociais (educação, lazer e trabalho), e direitos políticos.

O termo direitos fundamentais teve suas primeiras impressões no movimento político-cultural, ocorrido na França, que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789.¹ Essa declaração foi um documento elaborado, pautado na liberdade, igualdade e fraternidade universal, acima de qualquer interesse particular. Nessa época a França findava a era de um regime absolutista, que outorgava capacidade suprema a um monarca. As ideias ventiladas pelo iluminismo e pelo humanismo mudaram a ótica do Estado, que passou a servir aos interesses dos cidadãos e a garantir direitos e deveres.

A expressão “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são tratados por muitos autores como sinônimos. Esse trabalho se filia a linha traçada pelos estudos de Pères Luño², que as diferencia, uma vez que o termo direitos humanos é semanticamente muito abrangente de significados, de maneira que, por vezes é correlacionado a direitos do homem ou direitos naturais.

Marcelo Neves define os direitos humanos, como uma aspiração normativa universal de qualquer pessoa, com abrangência em âmbito internacional e de maneira abstrata.³ Cita-se como exemplo os Tratados e as Convenções Internacionais assinadas por países e que vinculam a ambos.

Já os direitos fundamentais se hospedam na seara do direito interno de cada Estado, resultado de um processo de constitucionalização dos direitos humanos.⁴ Sua formação está em constante alteração, de acordo com as mudanças da sociedade. São fundamentais para o homem, pois tratam todos de maneira igual. São formalmente reconhecidos, tem aplicação concreta e material, sua limitação é oriunda da soberania popular.

Luigi Ferrajoli define os direitos fundamentais como normas técnico-deontológicas, ou seja, hipotéticas e moralmente obrigatórias sendo tais direitos, por conseguinte, indisponíveis e inalienáveis.⁵

A partir da Segunda Guerra Mundial foi que se iniciou o processo do novo constitucionalismo, que inseriu nas Constituições valores e princípios vinculativos. Vale lembrar que esse período em que se aderiu a Constituição formal envolveu basicamente a estruturação, a formação

¹ PÉRES LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 30. QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *Direito Constitucional*, t. p.42.

² Idem, p. 30.

³ NEVES Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos, p. 144. *Revista Brasileira de Direito Público*, a. 1, n. 3, out./dez. 2003.

⁴ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? p. 33 In: SAMPAIO, Jose Adercio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**, 2011, p. 88.

do Estado e a inserção de garantias e direitos fundamentais. Inicia-se então a “era das Constituições formalizadas (formais) em um documento escrito”.⁶ Todo o processo de formação dos direitos fundamentais demandou muitas lutas e sacrifícios, para se chegar ao modelo atualmente utilizado.

De maneira didática, a doutrina os classifica em gerações ou dimensões. Vale salientar que os direitos fundamentais se complementam de forma que as gerações de direitos são concorrentes entre si. Não há sobreposição de dimensões ou gerações.

A primeira geração dos direitos fundamentais engloba o direito à vida e a liberdade. Direitos que determinam limites e garantem a esfera privada de cada indivíduo. Esses direitos individuais foram desenvolvidos no século XVIII. Garantias formais de liberdade, igualdade e propriedade, conferindo a todos os indivíduos os mesmos direitos subjetivos. Trata-se de direitos de atuação negativa do Estado⁷, ou seja, período do Estado Liberal.

Com o fim da primeira Guerra Mundial, já no século XX, o mundo vivia um cenário de profunda desolação. Período de maior exploração da história do homem, em que homens, mulheres e crianças trabalhavam até 17 horas por dia sem nenhum tipo de direitos garantidos e com remuneração ínfima. A população trabalhadora se encontrava em completo estado de miséria. Essa situação vivida no Estado Liberal, em que não havia qualquer participação do Estado na formação da sociedade eclodiu numa crise da sociedade liberal, marcada por um capitalismo monopolista voltado a produção industrial desenfreada e sem regras.

Assim, surge a segunda geração de direitos, que compreende os direitos sociais, culturais e econômicos, caracterizados pela busca da satisfação de prestações sociais e do movimento com ideias antiliberais. Essa geração passou a garantir o direito ao trabalho, educação, saúde e lazer.

A terceira geração diz respeito ao direito de paz, de autodeterminação dos povos, do sadio meio ambiente, da boa qualidade de vida, da conservação do patrimônio histórico e cultural, também chamados de direitos da fraternidade ou de solidariedade. Para a doutrina clássica há somente essas três gerações de direito. Ocorre que há alguns autores como Paulo Bonavides que defendem mais 2 gerações, definidas como quarta geração e a quinta geração de direito.

A quarta geração se resume a globalização dos direitos fundamentais e a sua institucionalização. Enquadram-se à democracia, o direito à informação e o pluralismo político.⁸ A quinta geração por conseguinte, compreende o direito à paz como direito constitucional.

No Brasil, a primeira vez que se falou de direitos fundamentais foi com a Constituição Federal de 1946 na perspectiva de se restaurar a democracia, após o longo período ditatorial com Getúlio Vargas. As primeiras impressões dos direitos fundamentais previram garantias de primeira geração, concernentes à liberdade, à vida e à propriedade. A grande relevância dos direitos fundamentais ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, denominada “Constituição Cidadã”, em que passou a dar destaque a diversos direitos tanto na seara individual quanto na coletiva.

A Carta Magna de 1988 em seu primeiro artigo prevê: “A República Federativa do Brasil formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. A definição de Estado democrático de direito apareceu a primeira vez com a promulgação da Carta Magna de 1988. Essa previsão se distancia e muito do estado liberal de direito, pois este garante tanto a esfera individual, quanto a social de direitos.

⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo, Editora Juspodium. p. 34.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2004. p. 563-564.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 523.

Na definição dada por Gregório Assagra Almeida o Estado democrático de direitos é o “Estado da justiça material, da transformação da realidade social, da tutela jurídica ampla, dinâmica, aberta, concretizante a direitos individuais e coletivos.”⁹

Ademais, a Constituição de 1988 conferiu, conforme art. 60 § 4º, IV, status de cláusula pétreia aos direitos fundamentais, afastando dessa maneira a possibilidade de abolí-los ou de afastá-los. Sua aplicação é garantida, por força dos §§ 1º e 2º, do art. 5º, da CR/88, de maneira imediata.

2. DEVERES FUNDAMENTAIS

2.1. Definição do quem vem a ser o “dever”

Há na literatura jurídica uma ampla gama de livros e artigos que discorrem acerca dos direitos fundamentais constitucionais, no entanto, pouca produção voltada a explicar sobre os deveres fundamentais. Esse desequilíbrio no tratamento de tais assuntos é decorrente de erros passados, seja por parte de indivíduos ou por parte do Estado, que agiram com desrespeito aos cidadãos em relação aos seus direitos. Uma série de atitudes desumanas levou muitas Constituições a preverem em seu bojo direitos e garantias constitucionais.

Essa bandeira levantada por juristas de garantia a direitos humanos, por um lado conferiram garantias aos cidadãos, mas que em contrapartida impulsionou a um círculo vicioso de marasmo por parte da sociedade, que agora passaram a enxergar no Estado seu viés paternalista e assistencialista.

O conceito de direitos individuais começou a ser aventado somente a partir do século XVIII com as revoluções que ocorreram, como forma de afastar os abusos exercidos pelo Estado. Nos primórdios, a definição dos direitos e deveres fundamentais eram extraídas a partir dos conceitos da moral cristã e religiosa.

Inicia-se com uma definição mais aprofundada do que vem a ser o termo “dever”. De acordo com os estudos de Fernando Bastos de Ávila, “dever” indica uma necessidade, fundada num determinismo físico, ou seja, um fenômeno que não pode deixar de ocorrer. Como exemplo, cita-se o eclipse solar que ocorrerá em uma data e momento determinado. “Dever”, como substantivo, assume um sentido abstrato e um sentido concreto.

Na definição do filósofo alemão Emmanuel Kant significa estar “obrigado a”, “ligado a”, “preso a”. Fernando de Bastos apresenta o seguinte questionamento: “como é possível que o homem seja obrigado a, necessitado a, a fazer, a agir de tal modo, se ele é um ser livre? “Em resposta a essa indagação: Se tratasse de uma necessidade inelutável, com a força de um determinismo físico, não existiria liberdade e não existiria nenhum merecimento em cumprir o dever”. Nessa situação o dever não seria cumprido pelo indivíduo, mas arrastado por ele. Há uma ambiguidade contida no significado da palavra dever e a liberdade do homem não é absoluta.

A liberdade é limitada fisicamente a aquilo que está acima da minha força. Eu não posso transportar aquela montanha; eu não posso descobrir os mistérios do câncer. Nada disso, porém suprime a minha liberdade; basta, aliás, que eu não queira transportar aquela montanha, para não

⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo**: superação da **summa divisio** direito público e direito privado por uma nova **summa divisio** constitucionalizada, 2008, p. 352.

sentir esta limitação da minha liberdade. Mas esta não é limitada apenas fisicamente. Experimentamos, também, limitações de outra natureza, como quando diante de uma criança inocente, eu sei que não posso estrangulá-la. Essa limitação da liberdade é precisamente a obrigação moral, a única que pode ligar a necessidade de um ser livre, sem suprimir a liberdade. Ávila indaga de onde o “eu devo” tira sua força imperativa?¹⁰

A filosofia já se debruçou arduamente na busca dessa resposta. A ideia menos criticada e mais aceita é a da existência de um Deus, Criador e Salvador, capaz de impor leis aos homens livres, que não são arbitrarias, mas decorrentes de uma natureza livre, consciente e social. Só a justiça do criador incorruptível, dá uma definitiva eficácia a essas leis, e ao imperativo moral.

Em sentido concreto o “dever” está ligado a uma obrigação específica, ou seja, a uma tarefa determinada, imposta por uma autoridade competente. Alguns desses deveres são tidos por comuns a todos os indivíduos. Mais concretamente temos na doutrina cristã os dez mandamentos, que são deveres impostos a todos os homens sem distinção. Além desses deveres concretos essenciais, há outro denominado de deveres concretos ligados à condição ou função que desempenham na comunidade. Esses são os deveres de um pai de um lado e do outro o dever dos filhos; ou de um lado são os deveres do Estado e de outro os deveres dos subordinados.¹¹

Plácido e Silva conceitua “dever”, como substantivo, a obrigação imputada a uma pessoa de fazer ou deixar de fazer algo, conforme o direito e a moral. Nesse viés, assume dupla acepção o termo dever, que é dever moral e dever jurídico. O dever moral é assumido pelo agente de forma livre e voluntária, pois não se trata de uma ordem legal expressa, que o obrigue a cumprir. Em contrapartida, o dever jurídico tanto poderá ser oriundo de uma obrigação, a partir de um contrato em que obriga os contratantes, quanto do respeito a princípios elementares do direito como da equidade e da ordem jurídica, de maneira que o indivíduo não incorra em ofender direito alheio.

2.2. A gênese dos deveres

Para uma maior compreensão, é salutar nos debruçarmos sobre as teorias dos deveres, trazida por alguns autores, a fim de tecer considerações a partir de estudos realizados ao longo da história.

2.2.1. Cícero

Partindo dos escritos de Cícero, cuja obra é intitulada *Dos Deveres*, o autor romano apresenta os deveres como a face imprescindível das virtudes e dela decorrentes. Nesse viés, na virtude dos indivíduos há uma série de deveres, que precisam ser cumpridos. O autor define como fonte dos deveres o decoro, que por sua vez, é derivado de quatro outras fontes como a: a justiça, a generosidade, a prudência e a moderação. Os deveres têm grande ligação com a justiça e essa acarreta grandes responsabilidades. “O primeiro dever imposto à justiça é não fazer mal a

¹⁰ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo*. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura-MEC, 1967, p. 158, verbete —dever.

¹¹ ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo*. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura-MEC, 1967. p. 159.

ninguém, a menos que se tenha de rebater um insulto; o segundo é empregar em comum os bens de comunhão e tratar como próprios apenas os que nos pertencem.”¹²

A justiça tem como base e alicerce a boa-fé e a sinceridade.

A obra dos Deveres, apresenta um alto teor moral, pois define que os deveres somente poderão deixar de ser cumpridos quando se estiver diante de um outro dever de maior relevância. Na seara da atividade política, sustenta-se que as grandes ações civis sempre se sobrepõem às ações militares. Ele sustentava ainda que o abandono da coisa pública é sinal de extrema injustiça.

No que diz respeito a mutabilidade dos deveres, há uma relação diretamente proporcional de atuação no tempo, de maneira que com o avanço da idade dos indivíduos, esses se sujeitam a deveres diferentes àquelas pessoas mais jovens. Nessa ideia, um idoso tem deveres distintos aos impostos a pessoas mais novas.¹³

2.2.2 Emmanuel Kant

Emmanuel Kant, filósofo germânico, em suas obras *Fundamentos da Metafísica dos Costumes* de 1785 e a *Metafísica dos Costumes* de 1797, definem o dever como imperativo categórico e hipotético. Antonio Xavier Teles, de maneira mais sucinta, interpretou e expôs o pensamento de Kant, do que vem a ser o imperativo categórico e hipotético. No primeiro caso, o indivíduo age segundo seus próprios princípios internos, de forma autônoma. Seria o caso em que alguém encontra uma carteira contendo um valor considerável e, que através dos dados pessoais, identifica o dono e os devolve. Essa atitude é totalmente calcada na honestidade, sem nenhuma intervenção externa para impulsioná-lo a agir daquela forma.

No segundo caso, o imperativo hipotético, a obrigação moral está atrelada a uma condicionante, que se resume em “se... então”. No caso do exemplo citado acima, O indivíduo devolve a carteira com o dinheiro, não por motivos internos, mas com medo de que alguém descubra a sua atitude de se apoderar de algo que não lhe pertence.¹⁴

Kant define que o dever deriva da razão, e será bom, quando esse se basear a partir do imperativo categórico. A razão é que dá luz a vontade. A vontade por sua vez se traduz na faculdade de se escolher nada mais do que a razão, mesmo diante de inclinações que afastem o bom pensamento do indivíduo. Assim, a ideia de dever para Kant está ligada a boa vontade do indivíduo, independentemente de inclinação pessoal. Como exemplo desse dever cita-se o mandamento bíblico de amar o próximo, mesmo que este seja seu inimigo. Nesse exemplo, a inclinação é de que não se volte com amor para com o inimigo, mas a vontade se traduz em fazer o bem por dever. Trata-se de um amor prático e não patológico.

Na obra *Metafísica dos costumes*, Kant distingue o “dever” da “virtude” e diferencia o “dever” de “direito”. A partir do seu pensamento, o dever de virtude compreende uma modalidade de deveres éticos intrínsecos a vontade do indivíduo. Os deveres de direito, por sua vez, impõem uma estrita obrigação, que é previamente delimitada e definida aos indivíduos.

¹² CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Título original: *De Officiis*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 37 (Livro I, VII).

¹³ CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Título original: *De Officiis*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 69 (Livro I, XXXIV)

¹⁴ Apud TELES, Antônio Xavier. *Educação Moral e Cívica – introdução à cidadania*. 8ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, [1982], p. 159.

2.2.3. Gregório Robles

Gregorio Robles apresenta uma crítica ao pensamento contemporâneo de se fundamentar os direitos humanos, totalmente descolados dos deveres e valores morais. Para o autor, este pensamento surgiu a partir do movimento contratualista, que pregava a supremacia dos direitos sobre os deveres. Historicamente, com maior veemência no mundo ocidental, surgiu a teoria dos direitos humanos, que não apresenta nenhuma vinculação aos deveres e valores morais. De acordo com os ensinamentos de Robles, esse descolamento gera uma desmoralização da vida pública e privada, e conseqüentemente, a falta de deveres da sociedade desencadeia em uma multiplicação de direitos, sem controle e sem responsabilidade de seus indivíduos.

O estado de natureza foi um tempo em que os homens tinham plenos direitos e liberdades. O grande problema é que não havia nenhum tipo de garantias, de maneira a não haver leis e nem deveres, que garantissem que a posse atual de direitos e bens que perdurassem no futuro a favor de seu proprietário. Nesse período a plena liberdade é ilusória, pois desencadeia um alto grau de desconfiança, insegurança, desorganização e luta de poder por parte dos indivíduos.

Robles atribui aos contratualistas Thomas Hobbes e a John Locke a superação do movimento da escola escolástica, que compreende a ética da política a partir da Teologia. Nessa seara, os direitos estavam diretamente subordinados a ideia do dever. A existência de Deus era que dava origem aos fenômenos sociais, políticos e jurídicos. Não se falava em direitos perante Deus, somente em deveres. Os direitos permeavam somente a esfera entre os homens e não destes para com Deus.

Francisco Gerson Marques de Lima¹⁵ ensina que:

A filosofia política individualista tomou por partida o homem abstrato, desvinculado de todo vínculo social e, portanto, de todo dever. Os homens coexistiam naturalmente uns com os outros, numa relação de conflituosidade intensa. No estado de natureza, por não haver leis nem deveres, todos têm direito a tudo, sem necessidade de obrigação alguma e com ampla liberdade.

Os homens, em busca de maior segurança, na realização do pacto social, abrem mão de um estado máximo de direitos, vivido no estado de natureza, para um estado mínimo de direitos agora no pacto social. Hobbes analisa o conflito do homem no estado de natureza, que agora busca uma maior segurança da vida e de seus bens, formando assim seus valores éticos e morais. Essa pensamento individual, de acordo com a definição dada por Gregorio Robles é chamada de construção política e moral “justificação do estado burguês mais descarado e descarnado”.¹⁶

Dentro da ideia trazida por Hobbes e Locke é possível inferir que no estado de natureza há a plenitude de direitos, e a ausência de deveres. A construção do que vem a ser os deveres surgem somente na sociedade organizada, após a constituição do pacto social. Dessa maneira, os deveres são construídos artificialmente a partir de um acordo dos homens, situação totalmente díspares aos direitos que já existem e possuem uma identidade própria desde os primórdios da natureza humana.

¹⁵ LIMA, Francisco Gerson Marques de. Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável in: <http://servicos.prt7.mpt.gov.br/artigos/2011/Deveres%20Constitucionais.pdf> . pesquisado em: 20/03/2017.

¹⁶ ROBLES, Gregorio. Los derechos fundamentales y la Ética em la Sociedad Actual. p. 46 (trecho de tradução nossa)

2.2.4. Hans Kelsen

De acordo com Hans Kelsen, com sua visão positivista, é a norma de conduta que alvitra uma obrigação ao sujeito. A norma propriamente dita não é o dever, mas sim o conteúdo da norma que a prescreve. Assim, a primeira é expressão normativa da segunda, em âmbito jurídico. De acordo com o pensamento de Kelsen, não há qualquer inferência moral ao dever.

O autor ainda apresenta uma distinção entre o dever e a responsabilidade. O dever recai sobre o indivíduo a que está previsto na norma. Já a responsabilidade tem a possibilidade de recair sobre terceiros. Assim, a norma exige determinada conduta do sujeito e também uma sanção que poderá recair em terceiros. Como exemplo cita-se a responsabilidade patrimonial na ação de execução, em que pode recair para outras pessoas a dívida do devedor.¹⁷

Na visão do autor o direito precede ao dever, ante a prevalência daquele. No campo da Moral há a inversão da prioridade.

2.3. Dos deveres fundamentais na perspectiva constitucional

A partir da conceituação dada pelos doutrinadores do que vem a ser o dever, passa-se agora a enfrentar o cerne proposto por esse trabalho, que é os deveres fundamentais constitucionais.

Indubitavelmente, eles adentram a natureza dos deveres jurídicos, e por isso recebem uma abordagem pelo direito. Apresentam um alto grau de generalização no trato dado pela Constituição, e sua definição está fortemente ligada ao caráter político e ao modelo de Estado em que ordenamento está inserido.

De maneira mais clara, pode-se apontar para uma definição entre dever e obrigação. O primeiro, pode-se dizer que apresenta uma maior abrangência, já vez que se trata de um termo utilizado por várias áreas do conhecimento como pela filosofia, direito, religião, moral, política, etc. A obrigação por sua vez, é termo mais restrito, empregado no meio jurídico. Tem em sua definição elementos e consequências bem definidas.

Claudino Piletti salienta que a cada direito há um dever intrinsecamente ligado. Nessa seara, o direito de manifestação do pensamento está apenso ao dever de deixar que outros possam se manifestar livremente. O autor ainda aponta haver alguns deveres fundamentais dos brasileiros frente ao Estado que são: a) o de votar; b) de pagar impostos; c) de prestar o serviço militar.¹⁸

De acordo com a biblioteca integrada LISA, os poderes do Estado estão limitados a dois quesitos: 1) de maneira particular pelo direito público, pois os poderes do Estado são voltados a consecução dos objetivos sociais; 2) em sentido amplo, pelo direito natural.

Essa visão conceitual trazida por Piletti de que a definição de um está diretamente ligada ao outro, cria um ciclo vicioso e que prejudica a compreensão e delimitação do sistema de deveres fundamentais.

Nessa linha, os deveres fundamentais pertencem a ceara dos direitos fundamentais e assim, o primeiro não é apenas prestações ou abstenções que devam partir somente por parte do

¹⁷ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. João Baptista Machado. Título Original: Reine Rechtslehre. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 128 e ss.

¹⁸ PILETTI, Claudino. OSPB – Organização Social e Política Brasileira. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 1993, p. 79.

Estado. Trata-se de uma via de mão dupla em que o cidadão tem responsabilidade e deveres na construção da cidadania e da sociedade.

Dalmo Dallari¹⁹ ensina que:

[...] é importante assinalar que os direitos da sociedade são, ao mesmo tempo, deveres. Pode parecer estranho dizer que uma pessoa tem o dever de exercer os seus direitos, porque isso dá a impressão de que tais direitos são convertidos em obrigações. Mas a natureza associativa da pessoa humana, a solidariedade característica da humanidade, a fraqueza dos indivíduos isolados quando devem enfrentar o Estado ou grupos sociais poderosos são fatores que tornam necessária a participação de todos nas atividades sociais. Acrescente-se a isso a impossibilidade de viver democraticamente se os membros da sociedade não externarem suas opiniões e vontade. Tudo isso torna imprescindível que os cidadãos exerçam seus direitos de cidadania.

Os deveres fundamentais, tanto no Brasil quanto na Europa, não apresentam o mesmo tratamento dedicado aos direitos fundamentais, que segundo Alcântara²⁰ se justifica por dois motivos que são: a) a relutância do cidadão, de modo geral, em reconhecer deveres; b) a imposição de defesa da relação hipossuficiente do cidadão frente ao Estado.

Os deveres fundamentais se resumem a deveres do Estado para com a comunidade e sendo assim, somente Eles podem determinar e configurar a disciplina legal pertinente ao tema para a sua realização.²¹

Conforme explicação de Menezes, é possível se distinguir 3 grupos de relações intersubjetivas de titulares ativos:

Em primeiro lugar, os chamados deveres fundamentais clássicos (dever de defesa da pátria, dever de pagar impostos, deveres políticos), por constituírem pressupostos necessários ao funcionamento do Estado, têm neste o seu titular ativo. Depois, há os deveres fundamentais de conteúdo econômico, social ou cultural (deveres de trabalhar, de cultivar a terra, de comunidade. “São deveres cujo cumprimento tem sobretudo a ver com a defender e promover a saúde, de defender o ambiente, de defender e valorizar o patrimônio cultural, etc.). Estes tem como titular a existência do próprio estado”. Por derradeiro, deveres há cujos ativos são determinados grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais, como é caso do dever dos pais de manutenção e educação dos filhos.²²

Há situações em que o Estado se vê no polo passivo da relação dos deveres constitucionais, “quer na organização e funcionamento de serviços administrativos especializados, que englobam o dever do contribuinte de pagar impostos; quer na realização de tarefas estaduais e de imposição de obrigações constitucionais, estas ligadas a deveres econômicos, sociais e culturais.

¹⁹ DALLARI, Dalmo. Direitos e deveres da cidadania. Disponível em www.dhnet.org.br/sos/textos/deveres.htm. Acesso em 16/03/2017.

²⁰ ALCANTARA, Michelle Alencar da Cruz. A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivo/AnaisMichele%20Alencar%20da%20daCruz%20Alcantara.pdf>. Acesso em: 16/03/2017.

²¹ NABAIS, Jose Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004.

²² MENEZES, Jose Lima de. Deveres fundamentais na Constituição do Brasil: o tributo. Recife, UFPE, 2003. 187p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

2.4. A relação entre os deveres fundamentais e os direitos fundamentais

Conforme abordado no presente trabalho, é nítido perceber a assinalagmaticidade que há entre os direitos e os deveres fundamentais, embora se admita que os deveres fundamentais integrem os direitos fundamentais, de maneira a defini-los como a (sub)constituição do indivíduo.

Nesse interregno, a relação entre direitos e deveres fundamentais, a partir dos estudos do professor lusitano Nabais apontam que a) os deveres fundamentais precisam ser interpretados e ambientado nos termos e critérios conforme os direitos fundamentais; b) os deveres fundamentais estão submetidos aos ao regime geral dos direitos fundamentais; c) a delimitação do cerne dos direitos pelos deveres fundamentais e vice versa, formam um suporte para o legislador limitar ou condicionar liberdades e garantias constitucionais; d) os deveres ligados a direitos sociais, econômicos e culturais, são também definidos como direitos-deveres ou direitos funcionalizados, chamados de direitos de solidariedade.²³

2.5. Deveres fundamentais quanto ao seu conteúdo e regime de aplicabilidade

Os deveres fundamentais se subdividem em 1) deveres positivos ou negativos – são aqueles ligados a um comportamento comissivo de seus destinatários, como o dever de prestar serviço popular ou de pagar tributos; 2) deveres aplicáveis mediatemente ou imediatamente – são os casos em que há previsão expressa do dever na Constituição da República, e tem a aplicação imediatamente aplicável. Como exemplo cita-se a prestação obrigatória do serviço militar. Já, no caso de mediatemente aplicável é quando o dever necessita da complementação do legislador ordinário; 3) deveres autônomos (estrito senso) e não autônomos – o que os diferencia é a relação com os direitos fundamentais, quanto à autonomia. Os deveres fundamentais não autônomos (direitos-deveres ou deveres-direitos) são os que apresentam conteúdo coincidente, ao menos em parte, com direitos fundamentais aos quais se encontram associados. Já os deveres fundamentais autônomos (estrito senso) são aqueles com conteúdo próprio, que não se vinculam com o apresentado por direitos fundamentais²⁴; 4) deveres de conteúdo cívico-político – versam sobre a sociedade em si, ou seja, sobre o compromisso dos indivíduos com o exercício e a permanência do próprio Estado.

No trato dado aos deveres tem que se tomar cuidado de não despender um olhar unilateral, em que se foca ou somente o Estado ou o cidadão. O estudo dos direitos fundamentais teve origem na primeira dimensão de direitos, chamados também de liberdades públicas, e que previa deveres apenas ao Estado. Na contramão se tem governos despóticos, autoritários, em que é o Estado o detentor de direitos incontáveis e os cidadãos obrigado a seguir inúmeros deveres.

Como já dito não se sustenta trabalhar na linha de que os deveres são o contrário dos direitos, de maneira a concluir que esse pensamento gera um ciclo vicioso. A análise a partir de doutrinas que abordam os Direitos Humanos, se apegam a um protecionismo dos cidadãos e por

²³ MENEZES, Jose Lima de. Deveres fundamentais na Constituição do Brasil: o tributo. Recife, UFPE, 2003. p. 120-124.

²⁴ GRADVOHL, Michel Andre Bezerra Lima. Deveres fundamentais: Conceito, Estrutura e Regime. Disponível em: <http://docplayer.com.br/22743212-Deveres-fundamentais-conceito-estrutura-e-regime.html> . Acessado em 17/03/2017.

consequência, a uma passividade desses, frente a um Estado paternalista e responsável por políticas de desenvolvimento.

Faz-se necessário partir do princípio do que vem a ser o Estado, que é um ente criado a partir de um suposto contrato social, em que os homens abram mão de suas liberdades, como forma de se unirem e formarem o Estado. Esse novo ente, só atuará a partir da participação mútua de todos os indivíduos daquela comunidade. Trata-se de um dever dos cidadãos e que a sociedade é a responsáveis pelo desenvolvimento, tutela e manutenção do Estado.

Já é hora de se implantar uma ótica mais atuante dos direitos humanos, em que se insira os deveres correlatos aos direitos.

O português Nabais defende a tese de que é preciso colocar os deveres no mesmo patamar constitucional dos direitos. Para o lusitano, o processo da formação dos deveres se assemelha em muito às gerações dos direitos, que historicamente tem-se transformado e ganhado camadas.

No entendimento do referido autor, não há criação de direitos, esses são reconhecidos pelo constituinte, através de mudanças sociais que os reconhece, diferentemente do que acontece com os deveres, que são instituídos pelo constituinte. Dessa maneira, a Constituição é o único meio legítimo autorizado a criar e determinar deveres fundamentais.²⁵

Nabais admite que há deveres impostos pelo legislador ordinário, denominados de deveres legais, que não estão previstos na Constituição. Esses para serem exigidos necessitam ser motivados pelo legislador. Assim, somente admite-se os deveres fundamentais que estão previstos na Constituição.

O autor lusitano apresenta um paralelo entre os co-irmãos direitos fundamentais e deveres fundamentais:

Os deveres fundamentais se configuram como posições jurídicas passivas (não ativas), autônomas (face aos direitos fundamentais), subjetivas (já que exprimem uma categoria subjetiva e não uma categoria objetiva), individuais (pois tem por destinatários os indivíduos, e só por analogia as pessoas coletivas) e universais e permanentes (pois tem por base a regra da universalidade ou da não discriminação).

A partir destas notas, torna-se relativamente fácil distinguir os deveres fundamentais de certas figuras próximas que, não raro, aparecem deveres fundamentais: a) dos deveres constitucionais orgânicos ou organizatórios (que não passam de competências constitucionais de exercício vinculado quanto ao na); b) dos limites (máxime restrições) legislativas aos direitos fundamentais que, ao amputarem o conteúdo ou parte do conteúdo constitucional não essencial de cada direito, nos fornecem o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais que vale na prática; c) dos deveres correlativos dos direitos fundamentais (ou deveres de direitos fundamentais *tout court*), que não são mais do que a face passiva dos direitos; d) das garantias institucionais (como imprensa livre, a sobretudo figuras jurídicas de natureza objetiva; e) das tarefas constitucionais estrito senso, que tem por destinatário exclusivamente o estado e visam vincular os seus órgãos à produção de certos resultados em matéria de organização econômica ou social, política ou administrativa.²⁶

²⁵ Na doutrina há um entendimento inverso ao do lusitano Nabais, que amparado no art. 5, CF prevê: que os direitos fundamentais não se reduzem à prescrição constitucional, eis que podem ser criados e elásticos por outras normas, inclusive internacional.

²⁶ NABAIS, Jose Cassalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em (www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002/JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf), acessado em 21/03/2017.

Importante pontuar que é possível traçar uma linha de definição do que vem a ser o conteúdo dos deveres fundamentais, já que posicionam e determinam o lugar dos indivíduos na sociedade.

Quanto ao regime dos deveres fundamentais, Nabais apresenta a aplicação de alguns princípios como da i) universalidade; ii) da igualdade, enquanto proibição do arbítrio; iii) da não discriminação em razão de critérios subjetivos ou de critérios interditos pela carta magna; iv) da proporcionalidade, conforme os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito; v) tutela judicial.

Os deveres fundamentais, diferente do que ocorre com os direitos fundamentais, em regra não são aplicáveis imediatamente, dependem de uma concretização constitucional. O legislador ordinário não tem nenhum tipo de obrigatoriedade de legislar sobre os deveres. Ele está habilitado e não obrigado a complementar o texto constitucional no que tange aos deveres fundamentais. Assim, há de certa forma, liberdade por parte do legislador para definir e atribuir qualquer tipo de sanção pelo não cumprimento de um dever por parte do cidadão.

Para Ricardo Lobo Torres os deveres fundamentais são correspectivos aos direitos fundamentais uma vez que de um lado exige uma conduta, por outro garante o exercício da liberdade. Nesse viés, os deveres estão contidos na parte constitutiva da Constituição. Não se confunde um instituto com o outro, a menos que esteja diante de um Estado Totalitário.²⁷

2.7. A importância ativa dos deveres

Há diversos deveres que se relacionam com os direitos, dentre os quais coletivos, individuais, metaindividuais, que coabitam para a garantia da dignidade dos cidadãos. Nessa linha, tem-se o direito de exercer qualquer atividade e o direito de trabalhar; o dever por parte do Estado de garantir educação e o direito de estudar; o dever de respeitar o próximo e o direito de ser respeitado; deveres que as instituições estão submetidas de se sujeitar às ordens impostas pelo judiciário.

Há ainda outros deveres previstos como o dever de prestar socorro, como forma de solidariedade para com o próximo; dever de comunicar surtos de doenças às autoridades, de maneira a contribuir com o poder público; o dever da não intervenção nos negócios internos e externos do Estado, de maneira a prejudicar a vida política e a soberania.

Os deveres de submissão dos encarcerados a seguir normas e regras no período em que ficar recolhido sob a égide do Estado, como de comportamento, obediência as regras, trabalho higiene, etc.

Os deveres podem ser considerados e chamados de custo para se viver em sociedade. Olivier Wendell Holmes pronunciou a seguinte frase: “os impostos são o que pagamos por uma sociedade civilizada.”²⁸ Os impostos, definidos como um dever fundamental, é o preço que se paga para se viver em uma sociedade organizada. Isso se traduz em de um lado liberdade aos cidadãos e de outro solidariedade para manutenção da mesma.

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 313.

²⁸ Charles Adams, For Good and Evil. The Impact of Taxes on the Course of Civilization, 2ª ed., Madison Books, Lanham. New York. Oxford, 1999. p. 64.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trata-se de um tema pouco explorado na doutrina e jurisprudência, e que também carece de simpatia: os deveres. As dificuldades a respeito do referido tema têm origem histórica na relação do Estado com seus indivíduos, em que, inicialmente, tem-se o primeiro como o detentor soberano de direitos e o segundo como cumpridor de deveres, de maneira a legitimar inúmeras atrocidades como as grandes guerras e abusos do Estado para com seus súditos.

Os direitos humanos surgiram para garantir e equilibrar a relação entre os sujeitos e o Estado, como forma de trazer um maior equilíbrio entre eles. Esse movimento passou a garantir direitos e garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado.

O estudo dos deveres desperta o senso de responsabilidade do cidadão em tomar uma postura mais ativa, frente ao Estado, e mais responsável na sociedade em que vive. Tal expectativa arremata os espaços deixados pelas teorias de direitos fundamentais. A lógica dos deveres é aumentar a sinergia entre os membros da sociedade para disseminação da participação dos indivíduos na sociedade.

Os deveres fundamentais ou também denominados custos lato senso dos direitos, se definem pela responsabilidade comunitária assumida pelas pessoas para viverem em comunidade. Para alguns autores fala-se em uma nova forma de estado solidário, que se preocupa e ter como marca a solidariedade dos homens com a sociedade presente e futura que virão.

O Estado de Direito é eivado de diversos custos financeiros públicos para se manter. Não se admite falar em direitos fundamentais separados de seus deveres respectivos. Somente se terá um Estado eivado da plenitude de liberdades, a partir do devido reconhecimento dos deveres constitucionais por parte dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Michelle Alencar da Cruz. **A face oculta dos direitos humanos:** os deveres fundamentais. *In:* Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI/AM. CONPEDI: Manaus, nov. 2007. p. 446-463. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivo/AnaisMichele%20Alencar%20da%20daCruz%20Alcantara.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo:** superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada, Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena Enciclopédia de Moral e Civismo.** Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura-MEC, 1967.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 14. ed. , São Paulo, Malheiros, 2004.

CÍCERO, Marco Túlio. Dos Deveres. Título original: **De Officiis**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos e deveres da cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998. Disponível em www.dhnet.org.br/sos/textos/deveres.htm. Acesso em 16 mar. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed., São Paulo, Editora Juspodium.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?**. p. 33 In: SAMPAIO, Jose Adercio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRADVOHL, Michel Andre Bezerra Lima. **Deveres fundamentais: Conceito, Estrutura e Regime**. Disponível em: <http://docplayer.com.br/22743212-Deveres-fundamentais-conceito-estrutura-e-regime.html> . Acesso em 17 mar. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Baptista Machado. Título Original: *Reine Rechtslehre*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:capitulo.livro:2006;1000767813>. Consultado em: 20/02/2017.

MENEZES, Jose Lima de. **Deveres fundamentais na Constituição do Brasil: o tributo**. Recife, UFPE, 2003. 187p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2003. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4419/arquivo5577_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 18 nov. 2017.

NABAIS, Jose Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2004.

NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: (www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceoculta-direitos_01.pdf), acessado em 21/03/2017.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n.4, novembro/dezembro de 2005. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/43921452_A_forca_simbolica_dos_direitos_humanos Acesso em: 15 nov. 2017. **Revista Brasileira de Direito Público**, a. 1, n. 3, out./dez. 2003.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12ª ed. 2ª tir. RJ, Freitas Bastos, 1993, verbete — “dever”.

PÉRES LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**, In: prensa: Madri, Tecnos, 1986. p. 30. p. 30.

PILETTI, Claudino. **OSPB – Organização Social e Política Brasileira**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la Ética em la Sociedad Actual**. Madri: Civitas, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos, Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Recebido em: 1 maio 2018.

Aceito em: 5 abr. 2019.

CLONAGEM TERAPÊUTICA - DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE HUMANA

Renata Salgado Leme

Universidade Santa Cecília – Unisantia, São Paulo

Márcia Fuchs dos Santos

Universidade Santa Cecília – Unisantia, São Paulo

RESUMO: O artigo analisa a violação de direitos fundamentais em decorrência da proibição da clonagem terapêutica, em face das modalidades de aborto permitidas no Brasil - aborto necessário e sentimental -, no que tange à tutela concedida aos embriões envolvidos nesses dois processos. Adota-se o método de abordagem dedutivo, pois a pesquisa tem como objetivo examinar se os direitos fundamentais são violados/limitados, diante da proibição da clonagem terapêutica, pela Lei de Biossegurança. O procedimento adotado é o bibliográfico, a partir de consultas à legislação, doutrina, artigos científicos e jurisprudência que se referem ao tema em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Clonagem terapêutica. Biodireito. Direitos fundamentais. Direito à saúde. Dignidade humana

Therapeutic cloning - fundamental right to health, life and human dignity

ABSTRACT: The article analyzes the violation of fundamental rights due to the prohibition of therapeutic cloning, in view of the abortion modalities allowed in Brazil - necessary and sentimental abortion - regarding the protection granted to the embryos involved in these two processes. The method of deductive approach is adopted because the research aims to examine if fundamental rights are violated / limited, in view of the prohibition of therapeutic cloning, by the Biosafety Law. The procedure adopted is the bibliographical one, from consultations to the legislation, doctrine, scientific articles and jurisprudence that refer to the subject in question.

KEYWORDS: Therapeutic cloning. Biolaw. Fundamental rights. Right to health. Human dignity.

INTRODUÇÃO

O trabalho que será apresentado tem como objetivo demonstrar a violação de direitos fundamentais, em virtude da proibição da clonagem terapêutica, pela Lei 11.105/2005. A hipótese será analisada estabelecendo uma analogia entre a proibição da clonagem terapêutica e a determinação legal dos abortos necessário e sentimental, previstos no código penal. O tema envolve direitos fundamentais como a dignidade humana, a autonomia individual, o direito à saúde e o direito à vida.

A tese apresentada se desdobra em duas questões: de um lado, o direito à saúde, à vida, à autonomia individual em decidir sobre sua própria vida, mais especificamente sobre sua saúde, buscando por meio da clonagem terapêutica uma tentativa de tratamento e cura para a sua doença; do outro lado, o direito à vida dos embriões e as várias teorias que procuram esclarecer em qual momento a vida humana tem início.

Em um primeiro momento, analisaremos as definições dadas pela ciência acerca de células-tronco adultas e células-tronco embrionárias e suas diferenciações. No tópico seguinte serão abordados os mecanismos e objetivos da clonagem terapêutica. De forma concisa, serão apontadas as teorias sobre o início da vida e a Lei de Biossegurança. Nos últimos dois tópicos é que se adentra propriamente o debate, examinando os direitos fundamentais à vida, à saúde e à autonomia individual como elementos da dignidade humana e a proibição da clonagem terapêutica em contraposição às possibilidades legais de aborto no Brasil.

Pretende-se demonstrar o tratamento legal dado aos embriões *in vitro*, e aos embriões *in utero* e os possíveis benefícios da clonagem terapêutica para os indivíduos doentes.

1. DEFININDO CÉLULAS-TRONCO: ADULTAS E EMBRIONÁRIAS

De acordo com Mayana Zatz¹, há diferentes tipos de células-tronco em todo o corpo humano. As células-tronco adultas são aquelas que se originam durante o desenvolvimento fetal e permanecem no nosso corpo durante toda a vida. São encontradas em diferentes órgãos do corpo humano, como na medula sanguínea, no cordão umbilical, no tecido adiposo, na polpa do dente de leite etc. Essas células têm o potencial de formar tecidos iguais àqueles de onde foram extraídas. (ZATS, 2011, p.134) Contudo, seu uso é mais restrito por elas serem de difícil multiplicação e por sua dificuldade de diferenciar-se em outros tipos de células. No entanto, têm oferecido enormes benefícios, como por exemplo em casos graves de queimaduras de pele e problemas na retina. (NEIVA, 2005, p. 120-121)

Já as células-tronco embrionárias são extraídas de embriões obtidos por meio de técnicas de fertilização *in vitro*, ou então a partir de clonagem terapêutica. Essas células são destacadas do embrião na fase de blastocisto, ou seja, quando o embrião contém aproximadamente 200 células, estando com quatro ou cinco dias de fecundação. A característica principal dessas células é a sua capacidade de se autorreplicar e se autorrenovar infinitamente, isto é, podem se converter nos 216 tipos celulares que compõem o corpo humano, daí sua importância para fins terapêuticos.

2. DESVENDANDO A CLONAGEM TERAPÊUTICA: TRANSFERÊNCIA CELULAR

“A clonagem é um procedimento que origina uma cópia idêntica de um organismo a partir de uma única célula. Em humanos, os clones naturais são os gêmeos idênticos que se originam da divisão de um óvulo fertilizado por um único espermatozóide.” (ZATS, 2004) Na clonagem reprodutiva, o processo se dá com a retirada do núcleo de uma célula somática de qualquer tecido do corpo humano. Então, esse núcleo é inserido em um óvulo e implantado em um útero. Caso o óvulo se desenvolva, um novo indivíduo seria criado com as mesmas características físicas e genéticas da célula diferenciada que lhe deu origem.

O processo de clonagem reprodutiva é muito difícil e pouco eficiente. Em clonagem de animais, apenas 10% dos embriões clonados são transferidos para o útero e geram um animal saudável. No caso da ovelha Dolly, foram 276 tentativas até se conseguir o animal clonado. A

¹ Mayana Zatz é professora-titular de Genética Humana e Médica do Departamento de Biologia do Instituto de Biociências (IB) da USP, coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano do IB-USP, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e membro da Academia Brasileira de Ciências.

clonagem reprodutiva humana é proibida pela Lei 11.105/2005, assim como em documentos internacionais – Declaração Universal sobre o Genoma Humano – e na legislação interna dos países.²

A clonagem terapêutica também é chamada clonagem não reprodutiva (art. 3º, X, da Lei 11.105/2005). O pesquisador americano Bert Vogelstein sugere a expressão “transferência celular” em vez de “clonagem terapêutica”, por se tratar de procedimentos com objetivos diferentes: (REINACH; ZATS; CRUZ; CORRÊA, 2005, p.55) a clonagem reprodutiva tem como objetivo reproduzir uma cópia de um ser vivo, enquanto a clonagem terapêutica tem o intuito de retirar do embrião *in vitro* células-tronco embrionárias para tratamentos médicos. Desse modo, a clonagem terapêutica “é um procedimento no qual o núcleo de uma célula é transferido para um óvulo sem núcleo e este adquire as características de uma célula-tronco embrionária com potencial de originar qualquer tecido”. (ZATS, 2011, p.192).

Diante dessa perspectiva, a clonagem terapêutica teria o escopo de produzir tecidos ou órgãos para o tratamento de doenças, em vez de usar células embrionárias armazenadas nas clínicas de reprodução assistida. A ideia seria produzi-las a partir de células retiradas do próprio paciente, cultivá-las e multiplicá-las em laboratório, induzindo sua diferenciação em tecidos específicos de acordo com a necessidade. (ZATS, 2011, p. 182) Quando transplantadas, poderiam regenerar o tecido ou o órgão danificado sem o risco de rejeição.

Quando aprovada a Lei de Biossegurança no Brasil, em 2005, a clonagem terapêutica foi proibida. Segundo os opositoristas, a técnica abriria caminho para a clonagem reprodutiva e iria gerar um comércio clandestino de óvulos, tutelando-se os embriões sob o argumento de sua destruição e instrumentalização. Diversos países já flexibilizaram a legislação autorizando a clonagem terapêutica, como a Bélgica, Finlândia, Espanha, Suécia, Reino Unido, México, Israel, África do Sul, Austrália, China, Índia, Japão, Singapura, Coreia do Norte e alguns estados dos EUA (Califórnia, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Missouri, New Jersey, Rhode Island).³

Um dos principais objetivos da clonagem para fins terapêuticos seria a tentativa de solucionar o problema da doação de órgãos para transplantes.⁴ Outra finalidade das células-tronco embrionárias é a reparação dos tecidos cardíacos em casos de infarto. O desenvolvimento dessa terapia tem revelado o caminho para a medicina do século XXI, porque torna possível a cura de doenças como Alzheimer e Parkinson, doenças neuromusculares e medulares, entre outras doenças degenerativas.

3. A LEI DE BIOSSEGURANÇA E O DEBATE SOBRE O INÍCIO DA VIDA

No Brasil, a Lei de Biossegurança 11.105/2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.591/2005, condicionou o uso de células-tronco embrionárias aos limites do artigo 5º da referida lei e

² Lei 11.105/2005, Art. 6º: “Fica proibido: [...] IV – clonagem humana; [...]” Declaração Universal sobre o Genoma Humano UNESCO, Artigo 11: “Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.”

³ Sobre essas informações, consultar: AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE. Disponível em: <www.aaas.org/spp/cstc/briefs/stemcells/index.shtml>.

⁴ Lei nº 9.434/97, Art. 3º: “A retirada ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

do artigo 63 do respectivo Decreto.⁵ As pesquisas são permitidas com células-tronco de embriões excedentes de fertilizações *in vitro*, após o período de três anos, quando considerados inviáveis, necessitando do consentimento formal dos genitores.

São considerados embriões inviáveis, conforme determina o artigo 3º, XIII, do Decreto nº 5.591/2005⁶, aqueles que no período de 24 horas desenvolveram-se inadequadamente, ou que venham a apresentar alterações morfológicas, podendo comprometer o seu desenvolvimento. Depreende-se assim que somente os embriões inviáveis e remanescentes que foram congelados há mais de três anos podem ser utilizados para fins de pesquisa e terapia. A legislação brasileira proíbe a clonagem terapêutica para fins de pesquisa e tratamento.

Com efeito em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005 em ação declaratória de inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria-Geral da República - ADIn 3510 – sob a alegação de que o referido artigo violava o direito fundamental à vida, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, bem como configurava ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Carta Magna.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal seguiu a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto e fez prevalecer, por seis votos a cinco, o entendimento de que o embrião *in vitro* não é pessoa, não se equipara ao nascituro e, portanto, não tem direito à personalidade, não possuindo assim, conseqüentemente, dignidade da pessoa humana e, com base nesse entendimento, as pesquisas com embriões humanos excedentes continuaram a ser autorizadas em todo o País. (ROCHA, 2012, p. 146)

Diante dessa perspectiva, ainda que a Lei de Biossegurança estabeleça determinadas condições para a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, não nos parece que os entraves tenham sido totalmente removidos, pois a clonagem terapêutica para fins de terapia não foi aprovada pela legislação.

Os debates éticos e jurídicos giram em torno do início da vida e, conseqüentemente, da utilização desses embriões para a retirada de células-tronco embrionárias. Os opositoristas à técnica da clonagem terapêutica e à pesquisa com embriões argumentam que a retirada de células-tronco desses embriões para cultivo laboratorial implicaria a destruição desses seres e a sua instrumentalização, desrespeitando o direito à vida, pois consideram o embrião *in vitro* pessoa. Segundo entendimento da jurista Renata da Rocha: (2012, p. 106)

⁵ Lei 11.105/2005, Art. 5º “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário consentimento dos genitores.” Decreto 5.591/2005, Art. 63: “É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I - sejam embriões inviáveis; ou II - sejam embriões congelados disponíveis. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, na forma de resolução do Conselho Nacional de Saúde. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo, e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

⁶ Decreto nº 5.591/2005, Artigo 3º: “[...] XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião; [...]”

[...] à decisão confirmadora da constitucionalidade da pesquisa com embriões humanos é aquela que leva a compreender que, não sendo o embrião humano considerado pessoa, tal como se posicionou o Supremo Tribunal Federal e, não tendo, em virtude desse posicionamento, dignidade, está-se, a partir de então, autorizado a inseri-lo, conforme a tradicional classificação do Direito Civil, no regime jurídico Do Direito das Coisas – res – e aceitar que como objeto de direito, encontra-se submetido, por exemplo, ao instituto jurídico Da Propriedade.

Nesse sentido, tenta-se esclarecer quando a vida se inicia. O embrião humano fecundado em laboratório - embrião *in vitro* - pode ser considerado pessoa? Qual o status que se deve conferir a esse embrião? A ciência já definiu que o fim da vida ocorre quando se encerra a atividade cerebral, consenso adotado pela Lei dos Transplantes.⁷ Inúmeras são as teorias que tentam explicar em que momento a vida humana se inicia. De forma concisa, abordaremos as mais importantes.

Para a teoria concepcionista, a vida humana inicia-se com a fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A partir desse evento o embrião já possui condição plena de humano, é um ser único e irrepetível, com identidade genética própria, distinta daqueles que lhe deram origem.

A teoria genético-desenvolvimentista pretende analisar a proteção do embrião de acordo com a fase do novo ser que se forma. Para os adeptos dessa corrente, o embrião humano adquire status jurídico e moral conforme o avanço de seu desenvolvimento. Decorrem da teoria genético-desenvolvimentista outras teorias, entre elas a teoria da nidação do ovo, a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central e a teoria do pré-embrião.

A terceira é a teoria da pessoa humana em potencial, a qual considera o embrião humano uma criatura possível. Ou seja, o embrião humano não é identificado com a pessoa humana, porém seus defensores não admitem o seu status como um amontoado de células, pois em determinado momento há de ser vida. Essa teoria reivindica um estatuto próprio para o embrião.

Por sua vez, a teoria do pré-embrião, entre as teorias genético-desenvolvimentistas, é a que mais exerce influência no cenário legislativo mundial. (ROCHA, 2008, p. 106) Essa teoria entende que, até o 14º dia após a concepção, o que existe é uma célula progenitora com a capacidade de gerar um ou mais indivíduos. Foi a partir desse entendimento que as pesquisas com embriões humanos excedentes no Brasil foram aprovadas durante os primeiros 14 dias após a concepção. (ROCHA, 2008, p. 106-107)

Não existe um consenso científico e moral sobre o momento em que a vida humana se inicia. Setores da sociedade como a Igreja consideram que os embriões têm o mesmo direito à vida que os seres humanos já nascidos. A Igreja Católica defende a posição de que já o zigoto é uma pessoa humana, e por isso considera a utilização de células-tronco embrionárias como homicídio. Neste caso, o conflito entre a posição da Igreja Católica e a jurisprudência brasileira é evidente. (MALUSCHKE, 2009, p.58)

Pesquisadores, cientistas, geneticistas e representantes de movimentos favoráveis ao uso de células embrionárias admitem que seja necessário conceder algumas proteções, porém consideram o embrião apenas um material biológico pertencente aos seus genitores, e qualquer uso só deveria ser permitido com o consentimento daqueles em cujo material genético e gametas foi gerado o embrião.

⁷ Lei nº 9.434/97, Art. 3º: “A retirada ‘post mortem’ de tecidos, órgãos, ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

No próximo tópico analisaremos os direitos garantidos constitucionalmente aos indivíduos que necessitam das pesquisas e da terapia com células-tronco embrionárias e que veem seus direitos cerceados em face da proibição da clonagem terapêutica em nossa legislação.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, À SAÚDE E À DIGNIDADE HUMANA COMO ELEMENTO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL

Sabe-se que a conquista de direitos do homem foi um longo caminho percorrido na história da humanidade. As constituições contemporâneas, inclusive a brasileira, elencam uma série de direitos fundamentais como o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à saúde, o direito à igualdade, o direito ao trabalho, entre tantos outros. No entanto, direitos fundamentais foram cerceados quando a Lei de Biossegurança proibiu a clonagem terapêutica e limitou as pesquisas aos embriões excedentes.

O direito fundamental à saúde está reconhecido nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal. Este último dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Constituição Federal, quando diz “recuperação”, está se referindo à saúde curativa; os termos “redução do risco de doença” e “proteção” estão relacionados à saúde preventiva; e o termo “promoção” se refere a qualidade de vida, posteriormente explicitada pelo art. 225 da Carta Magna. (SCHWARTZ, 2001, p. 27) ⁸ Nesse sentido, o legislador, ao proibir a clonagem terapêutica, não levou em conta o dever que cabe ao Estado de garantir a efetivação do direito à saúde a todos os brasileiros.

O desenvolvimento de técnicas de clonagem com fins terapêuticos deve ser considerado como uma nova alternativa para promover o direito à saúde. Ao vedar a clonagem terapêutica, a Lei de Biossegurança restringiu a possibilidade de busca e livre acesso a todos os recursos científicos disponíveis pela ciência. Impulsionar a promoção, a proteção e a recuperação da saúde por meio de tratamentos e novas tecnologias para possibilitar uma melhor qualidade de vida e, conseqüentemente, uma vida mais digna é dever do Estado.⁹ Incumbe ao Estado proporcionar meios visando a alcançar a saúde.

A noção de saúde como direito fundamental no ordenamento brasileiro se fundamenta na definição adotada pela Organização Mundial da Saúde, como sendo o completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.¹⁰ Gozar do melhor estado de saúde possível constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano. É por meio do direito à saúde que se reconhece o direito à vida. Para viver uma vida digna é necessário ter o direito de ter e buscar a saúde.

⁸ Constituição Federal, Art. 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (grifo nosso)

⁹ Constituição Federal, Capítulo IV - Da Ciência, Tecnologia e Inovação, Art. 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.”

¹⁰ Preâmbulo do Ato Fundador da Organização Mundial da Saúde, assinado por 61 Estados, entre os quais o Brasil. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Nova York, 1946.

Logo, a saúde é um direito indissociável do direito à vida e da garantia da dignidade humana. Nessa perspectiva, a saúde é um elemento de cidadania. Nas palavras de Cunha Junior (2008, p. 385) o direito à saúde:

[...] constitui uma exigência inseparável de qualquer Estado que se preocupa com o valor “vida” o reconhecimento de um direito subjetivo público à saúde, uma vez que, denegá-lo, significaria o mesmo que admitir a aplicação da pena de morte, que é, como se sabe vedada constitucionalmente [...] e o que é pior, sem crime e sem processo.

Fica evidente a relevância do direito à saúde como direito fundamental para a garantia de uma vida digna. Afinal, a proteção à saúde é muitas vezes um imperativo da manutenção do próprio direito à vida, bem como da integridade física e psíquica das pessoas. (SARLET, 1998, p. 296-297) A clonagem terapêutica para muitos pacientes é a única esperança de cura ou, pelo menos, alívio de sintomas. Como negar ou mesmo limitar essa chance de tratamento e cura que envolve direitos fundamentais essenciais aos seres humanos, como o direito à saúde e à vida?

A vida e a saúde, direitos essenciais à existência humana, são instrumentos da dignidade. O direito à vida abrange não só o direito de não ser privado da vida, mas também o direito de continuar vivo e desfrutar a vida com saúde. Segundo Ronald Dworkin, os gregos expressavam o conceito de vida usando duas expressões: *zoe*, para significar vida física ou biológica, e *bios*, para designar a vida como um processo vivido, formado pela totalidade de ações, decisões e motivos. (DWORKIN, 2003, p. 115)

Assim, proibir que pessoas busquem tratamentos é atentar contra a vida e a dignidade humana. As condições físicas e emocionais das pessoas que esperam por tratamentos com células-tronco embrionárias são dolorosas, elas reclamam a possibilidade de realizar a clonagem terapêutica, a partir das suas próprias células, como uma última alternativa para contornar o problema da rejeição em decorrência das enfermidades acometidas.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e tem sido invocada em casos de grande complexidade moral, em virtude de sua força jurídica e argumentativa. (GOLDMAN, apud BARROSO, 2010, p.5) Segundo o imperativo categórico kantiano, a dignidade pressupõe que toda pessoa é um fim em si mesma, isto é, todo ser humano possui um valor intrínseco, inerente. (KANT, 2004, p. 68)

Logo, a dignidade humana pode se expressar na responsabilidade de cada um por sua própria vida, pelas escolhas de seus valores e objetivos. As decisões da vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. (DWORKIN, 2008, p. 9) O homem como um ser ético, uma vez que de sua racionalidade derivamos a sua autonomia, ou seja, a sua inata capacidade de impor normas para si mesmo e de se guiar pelas normas que sua razão livremente impõe.

A dignidade humana constitui o núcleo, o fundamento dos direitos humanos. As várias formas de vida estão reunidas na dignidade humana, indo muito além da integridade física, englobando a esfera moral e psicológica, visando o real conceito de pessoa humana. É diante do direito à vida e à saúde que cabe discutir a dignidade humana como fundamento da escolha/ autonomia individual, em outras palavras, como fundamento da opção de realizar a clonagem terapêutica para fins de tratamento. A dignidade humana materializada na autonomia, como poder individual, concentra quatro elementos: a capacidade de autodeterminação, as condições para o exercício da autodeterminação, a universalidade e a inerência da dignidade ao ser humano. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 251)

A capacidade de autodeterminação diz respeito à liberdade individual sem interferências ilegítimas do Estado nas escolhas morais e pessoais do indivíduo, como casamento, religião,

gênero e outras opções, desde que não violem direito de terceiros. Nesse sentido, a laicidade e o pluralismo estão associados à ideia de dignidade como autonomia.

No que se refere às condições para o exercício da autonomia, é indispensável a garantia de um “mínimo existencial” (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 25) de direitos fundamentais, como o direito à saúde, alimentação, moradia, educação, ou seja, a satisfação de necessidades básicas essenciais para uma existência digna configura o instrumento de efetivação da dignidade como autonomia. Existe uma ligação entre as condições mínimas de vida – mínimo existencial – associadas à dignidade humana.

Quanto à perspectiva da universalidade da dignidade humana, significa dizer que a dignidade deve ser igual para todos, não cabendo comparações entre os indivíduos, considerando obviamente os aspectos multiculturais. Quanto à sua natureza intrínseca, a dignidade não pode ser obtida nem perdida, ela está interiorizada à condição de ser humano, não precisa ser demonstrada, apenas reconhecida.

Verifica-se que a dignidade como autonomia individual valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 260) Contudo, a dignidade também pode ter outro viés, a heteronomia. A dignidade como heteronomia traduz uma concepção que abriga valores compartilhados pela comunidade como bem comum, interesse público e moralidade. O ponto de vista albergado por essa concepção reside em contemplar interesses da coletividade em contraposição a interesses individuais. Por conseguinte, a dignidade teria o objetivo de demarcar limites à liberdade dos indivíduos de acordo com os valores da comunidade, resguardando os sujeitos de atos provocados contra si mesmo e protegendo direitos de terceiros e valores sociais. Em muitas situações é necessário que a dignidade tenha uma dimensão heterônoma, legitimando restrições à liberdade com base na proteção à dignidade do próprio indivíduo, como nos casos de defesa da vida.

A Constituição Federal garante a dignidade humana nas duas perspectivas, como autonomia e como heteronomia. No entanto, é dada uma maior ênfase à dignidade como autonomia, haja vista as liberdades pessoais asseguradas pela constituição que perfazem o rol de direitos individuais e garantias. (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 261)

Assim, proibir que indivíduos se utilizem de tratamentos a partir da clonagem terapêutica cerceia o direito à vida, à saúde e à dignidade humana como autonomia. Deve-se admitir como uma escolha possível por parte do paciente ou familiares/responsáveis a clonagem terapêutica.

Diante desse contexto, percebe-se que não basta viver ou existir, há de se garantir que a vida seja experimentada em sua integridade, entendida como qualidade intrínseca ao ser humano. É o princípio da dignidade humana que dá unidade aos direitos fundamentais.

5. TUTELA DOS EMBRIÕES E A PROIBIÇÃO DA CLONAGEM TERAPÊUTICA

Destacamos o tratamento dado pelo código penal no artigo 128, I e II - aborto necessário e o aborto sentimental.¹¹ O legislador, ao permitir esses dois tipos de aborto, sopesou os direitos da gestante e do embrião/feto, priorizando os direitos da mulher gestante. Cabe ressaltar que a

¹¹ Código Penal, Art. 128: “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

autorização para esses casos de aborto sempre foi moral e juridicamente aceita, nunca tendo sido questionada sua constitucionalidade.

Traçando um paralelo quanto ao direito à vida dos embriões *in vitro* e dos embriões *in utero*, percebemos que a legislação concedeu tutelas diferenciadas nesses casos. Quando a lei penal permite o aborto, está protegendo única e exclusivamente os direitos reprodutivos, o direito à vida e à saúde das mulheres, sobrepondo-se ao direito à vida dos embriões/fetos, *in utero*. Quanto aos embriões *in vitro*, a Lei de Biossegurança concede uma tutela diferenciada, proibindo a clonagem terapêutica, sua instrumentalização e o comércio desses embriões.¹²

Verifica-se que o embrião *in vitro* teve sua tutela blindada pela Lei de Biossegurança. Além do mais, limitou as pesquisas científicas com células embrionárias, ou seja, foi concedida uma tutela desproporcional em detrimento do direito à saúde, do direito à vida e da autonomia individual de pessoas que aguardam por tratamento via clonagem terapêutica. Consta-se que houve uma diferente valoração do direito à vida desses embriões, com relação a outras proteções concedidas pela lei.

Mesmo diante do caráter não absoluto dos direitos fundamentais, como no caso aqui do direito à vida, não nos parece coerente o tratamento adotado pela legislação. De um lado, a lei autorizando o aborto necessário e sentimental e, de outro, proibindo a clonagem terapêutica. Verifica-se um contrassenso na legislação, pois os bens jurídicos tutelados são os mesmos, em outras palavras, a autonomia individual, a saúde, a vida e a dignidade humana.

Afinal de contas, qual a diferença no que tange ao direito à vida entre o embrião *in vitro* e o embrião *in utero*? Considerando a teoria concepcionista, tanto o embrião *in vitro* quanto o embrião *in utero*, são dignos de igual proteção. Logo, não se poderia admitir a interrupção da gravidez em nenhuma dessas hipóteses.

Partindo desse ponto de vista, o ilustre jurista Glauco Cidrack do Vale Menezes (2004, p.146), ao refletir sobre a possibilidade do aborto eugênico assevera que:

Ora, ao se decidir pela autorização do aborto, ainda que em casos semelhantes ao abordado, afronta-se, além de um direito natural, um princípio fundamental, vez que, se traduz na intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo pela limitação do direito à vida, quando o próprio Estado edita normas de proteção à vida. Sob nenhum aspecto, como iremos verificar, é justificável tal impropério jurídico.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz: “Examinando a questão sob a perspectiva no embrião *in utero*/feto, fruto de um estupro não haveria um desrespeito à sua vida, sendo-lhe cobrada uma culpa que não tem? Não se deveria proteger a vida deste embrião também?” (2014, p. 96).

Portanto, do ponto de vista moral e jurídico não existe uma justificativa plausível que autorize a interrupção da gravidez e ao mesmo tempo proíba a clonagem terapêutica. O procedimento da clonagem terapêutica não contraria preceitos constitucionais, pelo contrário, os tratamentos advindos da clonagem terapêutica podem ser a forma de garantir o direito à vida, à saúde e à dignidade das pessoas que aguardam uma chance de cura.

Nesse contexto, admitindo que o direito à vida seja ponderável e adotando-se a teoria que entende que, até o 14º dia após a concepção, o que existe é uma célula progenitora com a capacidade de gerar um ou mais indivíduos, o tratamento a partir de células-tronco embrionárias do próprio paciente (clonagem terapêutica) também deveria ser autorizado, em consonância com a

¹² Lei de Biossegurança, 11.105/05, Art. 6º: “Fica proibido: [...] VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.”

legislação que permite o aborto sentimental e o aborto necessário, ainda que os motivos da autorização da interrupção da gravidez sejam diversos, estão em jogo direitos fundamentais idênticos como à saúde, à vida e à autonomia do indivíduo.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, nas decisões que envolvem o direito à vida, tem se posicionado no sentido de ponderar esse direito respeitando a autonomia individual, o direito à saúde e o direito à vida das pessoas já nascidas, conforme determina o artigo 2º do Código Civil, conferindo personalidade jurídica ao feto somente após o nascimento com vida.¹³ O voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.51-0 demonstra esse entendimento¹⁴:

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou do resultante de opção legal após estupro -, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro* já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca ox carbônica com o meio ambiente.

Diante da perspectiva do término da vida humana, a Lei nº 9.434/1997, Lei dos Transplantes, vincula a morte de uma pessoa ao momento em que se dá a morte cerebral. Nesse sentido, a permissão legal da clonagem terapêutica não fere o direito à vida dos embriões *in vitro*, pois, segundo a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso, até o décimo quarto dia após a fecundação os embriões ainda estão desprovidos de qualquer atividade cerebral, inexistindo vida humana¹⁵. (ROCHA, 2008, p. 105)

Outrossim, a aprovação das pesquisas com embriões humanos foi assentada na teoria do pré-embrião, a qual entende que até o décimo quarto dia o que existe é uma célula progenitora dotada de capacidade de gerar um ou mais indivíduos. (ROCHA, 2008, p. 106) Segundo essa teoria, a célula progenitora ainda não pode ser considerada vida humana. Isso posto, no relatório do Ministro Carlos Britto, na ADI 351-0, manifesta seu entendimento em relação ao status protetivo do embrião *in vitro* antes de ser transferido ao ventre materno.

[...] III – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO – O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um customizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade constitucional”). Quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à

¹³ Código Civil, Art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

¹⁴ “EMENTA ADI 3.510 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais confortadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação.”

¹⁵ A teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central relaciona o início da vida humana ao aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, que ocorre por volta do décimo quinto dia ao quadragésimo dia da evolução embrionária.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

É oportuno também destacar que a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 124.306, no ano de 2016, afastou a suposta prática do crime de aborto.¹⁶ Em seu voto-vista o Ministro Luis Roberto Barroso atestou que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação viola direitos fundamentais da gestante. Embora essa decisão não tenha caráter vinculante, limitando-se à concessão do *Habeas Corpus* no caso específico, observa-se que a legislação que trata da interrupção da gravidez, mais cedo ou mais tarde, será legitimada em nosso país, como já ocorre em outros países.

Caso a interrupção da gravidez até o primeiro trimestre seja permitida, seria possível ainda proibir a clonagem terapêutica? Essa postura antagonica da legislação terá de ser examinada.

É nessa linha de raciocínio que se procura demonstrar que a proibição da clonagem terapêutica afeta direitos fundamentais, carecendo ser revista.

Não se trata de negar ao embrião *in vitro* nenhuma proteção, porém o direito à vida e o direito à saúde dos indivíduos que aguardam pela clonagem terapêutica, deve ser ponderada, assim como ocorre nos casos em que o aborto é permitido pela legislação penal. A exceção conferida pela legislação penal é incompatível com a crença de que o feto/embrião é uma pessoa com direito à vida; igualmente, a proibição da clonagem terapêutica pela Lei de Biossegurança é contraditória aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Conforme analisado ao longo deste estudo, podemos constatar que a Lei de Biossegurança, ao proibir a clonagem terapêutica, viola direitos constitucionalmente protegidos dos indivíduos que podem vir a necessitar desse tipo de terapia. Traçando um paralelo entre a proibição da clonagem terapêutica e a interrupção da gravidez autorizada pela legislação penal, verificou-se existir diferente valoração no que diz respeito à inviolabilidade do direito à vida desses embriões, sobrepondo-se aos direitos e interesses da mulher gestante.

¹⁶ Ementa HC 124.306: “Direito processual penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício.”

Constatou-se também que as decisões do Supremo Tribunal Federal têm sido ponderadas a favor do direito à vida e à saúde do ser humano, pessoa já nascida. Essas decisões imprimem uma forte tendência à descriminalização do aborto voluntário no país.

Parece-nos razoável que o Brasil reconheça a clonagem terapêutica, como já ocorre em vários países. Vale ressaltar que não existe um consenso ético e científico que determine o início da vida humana. Contudo, ao adotarmos a teoria que entende que, até o 14º dia após a concepção, o que existe é uma célula progenitora com a capacidade de gerar um ou mais indivíduos, o direito à vida dos embriões *in vitro* não pode servir de obstáculo para a garantia de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Logo, um Estado democrático deve assegurar o exercício da autonomia individual, respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas. O progresso científico é inevitável, faz-se necessário conciliar os avanços da ciência no âmbito jurídico e na perspectiva da ética, respeitando o significado e o valor que cada indivíduo tem em relação à vida. Admitindo-se a clonagem terapêutica como uma escolha possível de tratamento por parte do paciente ou seus familiares/responsáveis, deve ser legalmente prevista e desejável como fruto da autonomia individual e expressão da dignidade.

No momento atual, os tratamentos por meio da clonagem terapêutica ainda não trazem garantia de cura ou eficácia, porém a busca de um consenso acerca da permissão da clonagem terapêutica se faz presente como uma forma legítima de garantia do direito à saúde e à vida, buscando novas alternativas de tratamento. É de fundamental importância que seja concebida uma solução para que o paciente e seus familiares possam optar ou não pela clonagem terapêutica, da mesma forma como ocorre nos casos de interrupção legal da gravidez.

REFERÊNCIAS

AMERICAN ASSOCIATION FOR THE ADVANCEMENT OF SCIENCE. Disponível em: <http://www.aaas.org/spp/cstc/briefs/stemcells/index.shtml>.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é**: Dignidade e autonomia individual no final da vida. Revista da Faculdade de Direito - UFU. Uberlândia, v. 38, 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_morte_como_ela_e_dignidade_e_autonomia_no_final_da_vida.pdf.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. Lei de Transplantes. Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm.

BRASIL. **Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005**. Lei de Biossegurança. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm.

BRASIL. **Decreto nº 5.591/2005 de 22 de novembro de 2005**. Regulamentação da lei 11.105/2005. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm.

BRASIL. **Habeas Corpus 124.306 RJ**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>.

BERNASIUK, Helen Lentz Ribeiro. **A pesquisa com células-tronco embrionárias: Breve análise sobre a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 351-0**. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 41, n. 136, dezembro 2014, p.511-531.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 1998.

CASTRO, Cristina Veloso de; APARECIDA, Renata. **Atuação judicial como instrumento da efetivação do direito fundamental à saúde e os seus limites constitucionais brasileiros**. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideú. Uruguai: Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, 2016.

COELHO, Luis Fernando. **Clonagem reprodutiva versus clonagem terapêutica: Avanços e limites**. *Revista CEJ*. Brasília, n. 16, p. 29-48, jan./mar. 2002. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/445/626>.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. In: AMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: Direitos humanos e direitos fundamentais*. 3ª ed. Salvador: Jus Podiam, 2008

DWORKIN, Ronald. **La democracia posible: principios para un nuevo debate político**. Traducido por Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Domínios da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FEÓ, Christina. Um estatuto para o embrião humano. **Revista Bioethikos**. São Paulo, Centro Universitário São Camilo, v. 4, n. 3, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2004.

MALUSCHKE, Günther. A bioética e o biodireito: Aspectos e controvérsias. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 6, 2009. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/234>. Acesso em: 16 out. 2018.

MENEZESY, Glauco Cidrack do Vale. Aborto Eugênico. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 1 2004. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/169>. Acesso em 16 out. 2018.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NEIVA, Paula. **Células que salvam vidas**. *Veja*. São Paulo, v. 38, n. 47, 23 nov. 2005.

NOGUEIRA FILHO, Luis Nodgi. **Estatuto ético do embrião humano**. Revista Bioethikos. São Paulo, Centro Universitário São Camilo, v. 3, n. 2, 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova York, 1946.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. **Organização Mundial da Saúde – OMS**. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/>.

PRADO, Luís Regi; HAMMERSCHMIDT, Denise. **A clonagem terapêutica e seus limites de permissibilidade na Lei de Biossegurança brasileira** (Lei 11.105/05). Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte, 2011, p.5134-5148. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/denise_hammerschmidt.pdf.

REINACH, Fernando; ZATZ, Mayana; CRUZ, Thiago; CORRÊA, Marcos Sá. **Transgênicos e células-tronco: Duas revoluções científicas**. São Paulo: Bei, 2005.

ROCHA, Renata da. **Direito à vida e as pesquisas com células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ROCHA, Renata da. **A vida e a norma como valores supremos do ser humano: a previsão constitucional do biodireito**. 2012. 204 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SAGAN, Carl. **Bilhões e bilhões. Reflexões sobre vida e morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais - Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; PETERLE, Selma Rodrigues. Liberdade de Pesquisas como Direito Humano. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n. 1, jan./jun. 2014.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do aborto e Constituição**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/43619/44696>. Acesso em: 27 jul. 2017.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano; SCHEINER, Elisana. (Im)possibilidade da clonagem humana frente à legislação brasileira: Uma análise da obra admirável mundo novo. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 3, nov. 2008 / fev. 2009.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Biodireito e direito concursal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.51-0**. Brasília, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

ZATZ, Mayana. Clonagem e células-tronco. **Revista de Estudos Avançados**. São Paulo, USP, v. 18, n. 51, maio/agosto 2004.

ZATZ, Mayana. **Genética, escolhas que nossos avós não faziam**. São Paulo: Globo, 2011.

Recebido em: 10 ago. 2018.

Aceito em: 19 mar. 2019.

O EDITO DOS CENSORES CONTRA OS LATINI RHETORES: MOTIVAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS

Felipe Epprecht Douverny

Centro Universitário Campo Real, Paraná

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o edito emanado pelos censores romanos no ano de 92 a.C. contra os rétores latinos, tratar de suas motivações e tentar responder, com base na análise dos poderes exercidos pelos censores ao atuar no controle dos costumes romanos (*regimen morum*), a uma questão bastante debatida na literatura sobre a história da disciplina da retórica em Roma, qual seja, saber se referido edito causou o fechamento das escolas dos *Latini rhetores*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Romano. Censores. Edito. Rétores latinos. *Regimen morum*. *Nota censoria*.

The censors' edict against the Latini rhetores: motivations and consequences

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the edict issued by the roman censors in 92 BC against the Latin rhetoricians, deal with its motivations and try to answer, based on the analysis of the powers exercised by the censors when controlling roman custom (*regimen morum*), a much debated question in the literature concerning the history of Rhetoric in Rome, that is, knowing if such edict has caused the closing of the schools of the *Latini rhetores*.

KEYWORDS: Roman Law. Censors. Edict. Latin rhetoricians. *Regimen morum*. *Nota censoria*.

INTRODUÇÃO

Embora a disciplina da retórica tenha sido valorizada na Roma republicana, as relações entre os professores da matéria e o governo da *civitas* nem sempre foram pacíficas. Em 161 a.C., um *senatusconsulto* permite ao pretor expulsar de Roma filósofos e rétores gregos. Posteriormente, os censores Lúcio Licínio Crasso e Gneu Domício Enobarbo expressam sua reprovação quanto às escolas dos *latini rhetores*, por meio de um edito emanado em 92 a.C., que constitui o objeto de estudo do presente trabalho.

Em uma primeira parte (item 2), trata-se das motivações do edito, alvo de grande discussão na literatura especializada, que oscila entre a identificação de razões políticas para a reprovação censória e, mais recentemente, a afirmação de que o que os magistrados buscam proteger é um modelo tradicional de educação retórica.

Em seguida (item 3), é apresentada a questão central a ser respondida pelo artigo, qual seja, se o edito dos censores efetivamente causou o fechamento das escolas dos rétores latinos.

A resposta, diante do silêncio do texto do edito como referido nas fontes latinas, é apresentada com base na investigação dos poderes exercidos pelos censores em seu *regimen morum*, em seu controle dos costumes romanos, notadamente a imposição de uma *nota censoria*, a fim de verificar quais as possíveis consequências do edito de 92 a.C. e se elas poderiam incluir, ainda que de forma indireta, o fechamento das escolas (itens 4 e 5).

1. O EDITO E SUAS MOTIVAÇÕES

As fontes latinas mencionam a promulgação de um edito dos censores Lúcio Licínio Crasso e Gneu Domício Enobarbo, no ano de 92 a.C., em que manifestavam sua desaprovação em relação às escolas dos *rhetores Latini*, surgidas algum tempo antes. Suetônio, em sua obra sobre os gramáticos e rétores, após destacar que a disciplina da retórica foi recebida com dificuldade em Roma, onde chegou a ser proibida, menciona duas medidas tomadas contra seus professores: a primeira é um *senatusconsulto* do ano de 161 a.C., em que se concederam ao pretor amplas faculdades para expulsar de Roma os filósofos e rétores gregos; a outra é um edito de 92 a.C., cujo texto é reportado pelo historiador romano:

Renuntiatum est nobis, esse homines qui novum genus disciplinae instituerunt, ad quos inventus in ludum conveniat; eos sibi nomen imposuisse Latinos rhetoras; ibi homines adolescentulos dies totos desiderare. Maiores nostri, quae liberos suos discere et quos in ludos itare vellent, instituerunt. Haec nova, quae praeter consuetudinem ac morem maiorum fiunt, neque placent neque recta videntur. Quapropter et iis qui eos ludos habent, et iis qui eo venire consuerunt, videtur faciundum ut ostenderemus nostram sententiam, nobis non placere.

Foi-nos relatada a existência de homens que estabeleceram um novo tipo de ensino, e que a juventude se reúne com eles em suas escolas; que eles se autodenominaram “rétores latinos”; que homens bastantes jovens passam dias inteiros nelas. Os nossos antepassados estabeleceram o que desejavam que seus filhos aprendessem e que escolas queriam que frequentassem. Essas práticas novas, que acontecem contrariamente à prática e à tradição ancestral, não nos aprazem nem parecem corretas. Em razão disso, parece que devemos cuidar para que apresentemos nosso parecer tanto aos que dirigem tais escolas como aos que têm o costume de frequentá-las: isso não nos apraz.¹

O texto do edito, que é reproduzido também por Aulo Gélío,² não contém senão uma motivação genérica baseada na contrariedade do novo tipo de ensino em relação às práticas e tradições dos antepassados. É Cícero, por sua vez, quem reconstrói as razões de Crasso para a emanação do edito, fazendo-o dizer, no *De oratore*, que agiu contra as escolas dos rétores latinos (definidas como *ludi impudentiae*) em razão de sua superficialidade, pois que voltadas apenas ao ensino da ousadia e da *exercitatio linguae*, sem um mínimo de *doctrina* e conhecimentos mais amplos (*humanitate digna scientia*), o que as tornava uma ameaça ao desenvolvimento intelectual dos jovens oradores:

Verborum eligendorum et conlocandorum et concludendorum facilis est vel ratio vel sine ratione ipsa exercitatio; rerum est silva magna, quam cum Graeci iam non tenerent ob eamque causam iuventus nostra dedisceret paene discendo, etiam Latini, si dis placet, hoc biennio magistri dicendi exstiterunt; quos ego censor edicto meo sustuleram, non quo, ut nescio quos dicere aiebant, acui ingenia adulescentium nollem, sed contra ingenia obtundi nolui, conrobore impudentiam. [94] Nam apud Graecos, cuiusmodi essent, videbam tamen esse praeter hanc exercitationem linguae doctrinam aliquam et humanitate dignam scientiam, hos vero novos magistrorum nihil intellegebam posse docere, nisi ut auderent; quod etiam cum bonis rebus coniunctum per se ipsum est magno opere fugiendum: hoc cum unum traderetur et cum impudentiae ludus esset, putavi esse censoris, ne longius id serperet, providere.

É fácil o método, ou mesmo a prática sem método, de escolher as palavras, dispô-las, encerrá-las em cláusulas. Vasta é a matéria dos tópicos de estudo e, como os gregos já não a dominavam e nossa juventude praticamente a desaprendia ao aprender, surgiram também professores latinos—pelos deuses!—nos últimos dois anos. Quando

¹ Suet. gramm. 25. Tradução de Adriano Scatolin, inédita, utilizada com autorização do autor.

² Gell. 15,11,2, no item relativo ao *senatusconsulto* de 161 a.C. e que contém, segundo o autor, “as palavras do edito dos censores, pelo qual foram desaprovados e reprimidos aqueles que começaram a estabelecer e exercer a disciplina da retórica em Roma.” (*verba edicti censorum, quo inprobatum et coercitum sunt, qui disciplinam rhetoricam instituere et exercere Romae coeperant*).

ensor, eu os suprimira com meu edito, não por não querer, como diziam que não sei quem alegava, que se aguçassem os talentos dos jovens, mas, pelo contrário, por não desejar que os talentos embotassem, que a impudência se fortificasse. [94]. De fato, percebia que entre os gregos, fossem eles o que fossem, havia, além desse exercício da língua, um mínimo de doutrina e de cultura digno de conhecimento. Já no caso desses novos professores, entendia que não eram capazes de ensinar senão a ousadia, algo que, mesmo quando ligado a coisas boas, deve ser fortemente evitado por si mesmo. Como se ensinava apenas isso e como aquela era uma escola de impudência, considereí que era dever de um censor cuidar para que aquilo não se espalhasse.³

Uma referência a tais escolas parece ser encontrada numa carta que Cícero envia a Ticínio e que é conservada por Suetônio. Ali Cícero, nascido em 106 a.C., descreve como, em sua juventude, um certo Plócio começou a ensinar retórica em latim e como muitas pessoas acorriam a sua escola, o que Cícero também desejava mas acabou não fazendo em razão do conselho que lhe foi dado por *doctissimi homines*, os quais lhe afirmaram ser mais proveitosa a realização de exercícios em grego.⁴

Se considerarmos que, dentre os homens experientes que contiveram Cícero em seu ímpeto juvenil, estivesse Crasso (e talvez os Cévolas, de quem Cícero também foi discípulo), pode-se ver aí já uma oposição extraoficial às escolas dos rétores latinos, que depois se manifesta no edito de 92 a.C.

A partir do final do século XIX, contudo, e com base na teoria de F. MARX, editor da *Rhetorica ad Herennium*, muitos têm desconfiado das motivações invocadas por Crasso (seja no edito ou em sua reconstrução por Cícero) e afirmado que a medida tomada pelos censores foi orientada, na verdade, por razões políticas, pois as escolas dos rétores latinos seriam uma ameaça ao poder da aristocracia, já que o ensino da retórica em latim a tornaria acessível a outras ordens sociais que não dominavam o idioma grego. Além disso, haveria uma ligação entre Plócio e Mário (inimigo da *nobilitas*),⁵ o que levaria a pensar nessas escolas como um viveiro de ideias democráticas, reprimidas pelos censores sob o pretexto de que seu modelo de ensino era incompatível com a tradição.⁶

³ Cic. de orat. 3,93-94. As traduções do *De oratore* utilizadas e mencionadas no presente artigo são da lavra de A. SCATOLIN, *A invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23*, Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, tese em cujo apêndice se encontra uma tradução completa desse diálogo ciceroniano. Em 3,95, Crasso deixa claro não se opor ao ensino em latim: *Quamquam non haec ita statuo atque decerno, ut desperem Latine ea, de quibus disputavimus, tradi ac perpoliri posse, patitur enim et lingua nostra et natura rerum veterem illam excellentemque prudentiam Graecorum ad nostrum usum moremque transferri, sed hominibus opus est eruditus, qui adhuc in hoc quidem genere nostri nulli fuerunt; sin quando exstiterint, etiam Graecis erunt anteponendi*. “Porém, ao tomar tais medidas e decisões, não perco as esperanças de que essas questões que discutimos sejam ensinadas e aperfeiçoadas em latim, pois tanto a nossa língua como a natureza permitem que aquela antiga e excelente prudência dos gregos seja aplicada a nossa prática e tradição. Mas há necessidade de pessoas instruídas, algo que, pelo menos neste domínio, ainda não aconteceu. Porém, se um dia surgirem, deverão ser colocados acima até dos gregos.”

⁴ Suet. gramm. 26: *L. Plotius Gallus. De hoc Cicero in epistola ad M. Titinnium sic refert: Equidem memoria teneo, pueris nobis primum Latine docere coepisse Plotium quandam. Ad quem cum fieret concursus, quod studiosissimus quisque apud eum exerceretur, dolebam mihi idem non licere. Continebar autem doctissimorum hominum auctoritate, qui existimabant Graecis exercitationibus ali melius ingenia posse*. “Lúcio Plócio Galo. Sobre ele Cícero relata o seguinte, numa carta a Marco Ticínio: ‘Na verdade, recordo-me que, quando menino, um certo Plócio foi o primeiro a ensinar [sc. retórica] em latim. Como um grande número de pessoas acorria a sua escola e os mais estudiosos praticavam com ele, eu sofria por não poder fazer o mesmo. Era refreado, porém, pela autoridade de pessoas extremamente dotas, que consideravam que se podia estimular melhor os talentos com exercícios gregos.’” Tradução de Adriano Scatolin, inédita, utilizada com autorização do autor.

⁵ Ligação inferida do texto de Cic. Arch. 9,20, em que se relata que Mário admirava Plócio e desejava que ele louvasse em verso seus feitos: *Itaque ille Marius item eximie L. Plotium dilexit, cuius ingenio putabat ea quae gesserat posse celebrari*.

⁶ Cf. a descrição da tese política por A. MANFREDINI, *L’Editto ‘de coercendis rhetoribus latinis’ del 92 a.C.*, in *SDHI XLII* (1976), pp. 99 e 114, em que menciona uma série de autores que aderiram a essa interpretação do edito. O mesmo

É esta a tese adotada, por exemplo, por R. PICHON, para quem o ensino dos rétores latinos buscava tornar acessível a retórica não somente por meio do emprego do latim, mas também em razão da falta de uma formação mais ampla, que simplificava a matéria. Essa vulgarização, segundo ele, além de criar, aos olhos dos *optimates*, apenas agitadores e ambiciosos, o que era preciso evitar, ameaçava o domínio da aristocracia nessa área, ao que ela responde com o edito dos censores, que certamente não estava defendendo os professores gregos contra a concorrência dos professores latinos.⁷

G. ACHARD, embora não trate especificamente do edito de 92 a.C., que considera como uma evidência da desconfiança que os romanos nutriam em face dos *rhetores*, pode ser inserido na corrente que entrevê motivações mais ou menos políticas na resistência a esses profissionais. O autor nota que, ao mesmo tempo em que a arte da palavra se tornou algo muito estimado em Roma e que os *rhetores* podiam desempenhar um importante papel junto aos magistrados, aconselhando na confecção de um discurso, na escolha de argumentos e na propaganda eleitoral, eles permaneciam na sombra, sendo difícil identificar o responsável por uma ou outra invenção ou preceito, ou mesmo quem foi o professor de algum dos oradores ilustres mencionados, por exemplo, no *Brutus*.⁸

E a principal razão para tanto, segundo ele, não reside simplesmente no fato de serem frequentemente gregos ou na baixa posição social por eles ocupada (não raro eram ex-escravos), já que muitos rétores gregos são elogiados na literatura romana, alguns libertos como Gneu Flávio conseguiram ascender na escala social e vários gramáticos, mesmo sendo libertos, carregavam consigo o *nomen* de seu patrono, o que jamais ocorre com os *rhetores*. A verdadeira razão para mantê-los na sombra residiria, isto sim, no próprio poder da arte que ensinavam: a gramática era um saber inofensivo, mas a retórica podia ter uma eficácia temível. Desse modo, era preciso fazer uma separação nítida entre quem, como os rétores, podia ensinar os primeiros preceitos aos cidadãos e aqueles que podiam colocar a palavra a serviço da república como advogados ou magistrados, os *oratores*, o que tinha implicações também na transmissão do saber retórico, sempre controlada pelos *principes*, tanto nos moldes tradicionais do aprendizado prático (*tirocinium fori*) quanto na escrita dos manuais em latim.⁹

pode ser encontrado em M. T. LUZZATO, *Lo scandalo dei "Retori latini". Contributo alla storia dei rapporti culturali fra Grecia e Roma*, in *Studi Storici* 43, n. 2 (2002), p. 303. Um bom resumo da tese se encontra também em S. F. BONNER, *Education in Ancient Rome: From the Elder Cato to the Younger Pliny*, London-New York, Routledge, 1977, pp. 71-72 : "In the first place, it is pointed out that Plotius was, according to Cicero, a close friend of Marius, who admired his talents. It is then deduced that Plotius, who bore a plebeian name (he was pretty certainly a freedman) belonged to the democratic party, and would be likely to be a supporter of Marius, who was a self-made man. Crassus, on the other hand, moved among the aristocracy, and, being at enmity (so it is said) with Marius, could have determined to use his power to silence Marius' adherent."

⁷ *L'affaire des rhetores latini*, in *REA* 6 (1904), pp. 37-39 e 40: "Une des armes les plus fortes de l'aristocratie lui échapperait. On comprend qu'elle ait dû s'en inquiéter et qu'un de ses défenseurs ait dû essayer de s'y opposer." L. PERNOT, *La rhétorique dans l'Antiquité*, Paris, Librairie Générale Française, 2000, pp. 137-138, também faz referência à motivação política (reação aristocrática contra um instrumento de promoção dos populares), embora não deixe de lado a motivação de cunho intelectual, voltada contra o ensino superficial e utilitário. A. GWYNN, *Roman Education from Cicero to Quintilian*, Oxford, Clarendon, 1926, pp. 65-66, embora ressalte que o ensino em latim não era nenhuma novidade, defende a motivação política do edito pelas seguintes razões: é improvável que a mera incompetência dos professores motivasse uma medida tão drástica; além disso, considera Plócio Galo um integrante da facção democrática, devido a sua ligação com Mário e ao fato de, no ano de 56 a.C., ter ajudado na composição do discurso de acusação de Atratino, que seria plebeu (contra essa afirmação, veja-se A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 124), contra M. Célio, um jovem aristocrata.

⁸ *Les rhéteurs sous la République: des hommes sous surveillance?*, in *Ktèma* 14(1989), p. 181.

⁹ *Les rhéteurs* cit., pp. 184-186. Para o autor (p. 187), esse desejo de manter os *rhetores* à margem também faz com que, nos primeiros tempos, os exercícios se limitem à língua grega e a temas abstratos, sem relação estreita com a realidade. Segundo ele, "la différence de langue aboutit à ce que le monde de l'éducation et celui de la pratique ne se confondent pas. L'abstraction évite de mêler éducation et politique."

A desconstrução, de forma mais detida, da tese segundo a qual a motivação do edito seria principalmente política pode ser encontrada em dois autores italianos que se debruçaram sobre o tema dos rétores latinos e do edito de 92 a.C. contra eles direcionado.

Num longo arrazoado, que aqui se apresenta de forma resumida, A. MANFREDINI busca refutar a ligação entre as escolas de retórica latinas e o movimento popular de inspiração mariana, afirmando, em primeiro lugar, ser discutível a identificação entre o *Plotius quidam* mencionado por Cícero na carta a Ticínio e L. Plócio Galo, cuja ligação com Mário é sugerida na passagem já mencionada do *Pro Archias*. Mas ainda que se admita a identificação, o liame entre Plócio e Mário é muito tênue e, do mesmo trecho de Cícero, também se pode depreender uma ligação do *rhetor* com o círculo de Lutácio Cátulo, cuja orientação política era nitidamente conservadora.

Além disso, segundo o autor, na década de 90 a.C., quando surgem as escolas de retórica mencionadas, Mário é um personagem praticamente inexistente na política romana e ainda apresenta vínculos com a *nobilitas*, não se podendo perceber nele uma inclinação para o partido democrático como a que demonstrará depois, durante a guerra social. Por fim, a própria *nobilitas* não é um corpo assim tão homogêneo e conservador, uma vez que é de algumas de suas alas mais progressistas, e não do partido popular, que surgem fermentos de reforma de caráter democrático. Lúcio Licínio Crasso e Gneu Domício Enobarbo fariam parte desse setor mais moderado, o que torna difícil afirmar que emanaram seu edito contra os rétores porque o ensino deles era democrático.¹⁰

M. T. LUZZATO, por sua vez, sem negar a identificação entre o *Plotius quidam* e L. Plócio Galo, afirma que sua ligação com Mário era quase banal, limitando-se à aproximação para que o rétor e poeta celebrasse em verso os feitos de Mário, sem que se possa presumir qualquer comunhão de interesses políticos. A conhecida aversão de Mário ao grego não significa, por outro lado, uma preferência pelos estudos em latim, como eram exercidos na escola de Plócio, mas representa apenas a posição anti-intelectualista do homem de ação que se formou sem estudos e que se ri dos nobres que colocam toda sua confiança neles.¹¹

A mesma autora destaca, ainda, que o uso do latim (que não era novidade no estudo da retórica em geral, tendo em vista os manuais já circulantes quando do surgimento da escola de Plócio) não representava nenhuma tentativa democrática de vulgarizar ou tornar mais acessível o ensino, já que os jovens que acorriam à escola não eram ignorantes, mas sim dotados de uma formação oratória (na Carta a Ticínio, Cícero fala em *studiosissimi*, o que se aplica a ele mesmo), o que somente era possível a quem já dominasse o idioma grego. Além disso, não seriam os jovens de condição inferior, mas sim os filhos da nobreza, os estudantes que se voltavam para o novo *ludus*, como ocorria com todas as novidades à moda grega que surgiam em Roma.¹²

E se o problema com as escolas dos *Latini rhetores* não era político, o que teria motivado os censores a promulgar um edito contra elas? M. T. LUZZATO destaca inicialmente que a utilização do termo *rhetoras* (palavra grega e declinada com o grego) pelos novos professores para definir a si mesmos, indicando o exercício de uma típica profissão grega (e que era alvo de desconfiança desde a Atenas clássica), já seria causa de escândalo para os romanos.¹³ A isso se somaria um preconceito generalizado contra a importação dos modos de vida gregos (o que não

¹⁰ *L'editto* cit., p. 135, onde o autor apresenta o próprio resumo de seu argumento. A relação entre Mário e Plócio e discutida nas pp. 118-124; o papel de Mário durante a década de 90 nas pp. 124-127; as propostas de reforma vindas da própria *nobilitas* nas pp. 130-131 e a posição política dos dois censores nas pp. 132-134.

¹¹ *Lo scandalo* cit., p. 317. No mesmo sentido, M. C. ALEXANDER, *Oratory, Rhetoric, and politics in the Republic*, in W. DOMINIK e J. HALL, *A companion to Roman Rhetoric*, Oxford, Blackwell, 2007, p. 107.

¹² *Lo scandalo* cit., pp. 307; 316-317 (com relação à tipologia dos alunos), 321-326 (sobre o domínio prévio da retórica e do idioma grego). Igual é a posição de A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 138 e 141.

¹³ *Lo scandalo* cit., p. 308-309.

impedia a admiração pelos frutos de sua cultura),¹⁴ dentre os quais se inclui a profissão de *rhetor*, e a utilização de *impudentia* para adjetivar as novas escolas seria um típico slogan anti-grego, presente em muitas passagens de Cícero.¹⁵

Mas o aspecto fundamental da oposição dos censores residiria na contrariedade do novo tipo de escola em relação ao tipo de ensino retórico tradicionalmente ministrado pelos romanos e que se dava por meio do *tirocinium fori*.¹⁶

Após aprender os primeiros rudimentos de retórica na escola de um gramático, um jovem romano passaria a acompanhar as atividades de um orador experimentado, aprendendo a arte oratória por meio da observação de seus discursos e do convívio com a atividade forense, ao que se somariam, em caráter secundário,¹⁷ seus estudos e exercícios de declamação domésticos, bem como a assistência às aulas de algum *rhetor* grego em passagem por Roma ou mesmo eventuais viagens para fazê-lo na própria Grécia.¹⁸

Já o *ludus* inaugurado por Plócio, que não tem como foco o mesmo conteúdo ensinado pelos gramáticos (à escola acorriam *adulescentuli*, jovens em idade viril e que já haviam recebido a formação inicial), busca prover uma formação mais avançada¹⁹ sem se pautar pelo modelo do *tirocinium* acima descrito, organizando-se como uma típica *schola* grega e valendo-se provavelmente do método das declamações.²⁰ Com isso, retiravam os jovens da vida ativa a que deveriam se dedicar e faziam com que permanecessem dias inteiros ali, relegados ao mundo frívolo e fechado das escolas de declamação, que também serão alvo de crítica pelos autores do principado.²¹

¹⁴ Em 129 a.C., por exemplo, Cipião Emiliano (admirador da cultura grega) se opôs à abertura de um *ludus* onde se ensinariam canto e dança à moda grega. Fragmentos de sua oração (cujas palavras combinam com as do edito de 92) revelam que o gosto pela cultura grega andava junto com o desprezo pela promiscuidade de seus costumes. Em 115-114 a.C., os censores teriam expulsado artistas gregos de Roma (cf. Cassiod. Chron. a 639) e, no ano de 89 a.C., os censores teriam se voltado contra *unguenta exotica* e certos tipos de vinho grego e italiano (Plin. N. H. 13,5,24 e 14,6,95). Para M. T. LUZZATO (*Lo scandalo* cit., p. 307), o edito de 92 a.C. se volta contra uma prática grega, no mesmo espírito das providências mencionadas.

¹⁵ *Lo scandalo* cit., pp. 312-314. Soma-se a isso um antitecnicismo de matriz isocrática e acadêmica (veja-se a crítica de Cícero a Hermágoras no *de inventione*) e uma desconfiança com relação aos *rhetores*, vistos como semeadores da desordem política, além de serem profissionais assalariados que talvez jamais tenham atuado nos tribunais, ao contrário dos *oratores* romanos. O *rhetor* é visto como um mestre sem talento pessoal e moralidade, mas ávido por ganhos, e talvez fosse essa a visão dos censores a respeito dos *latini rhetores*. (p. 313). A autora (p. 315) destaca que viver à moda grega é algo que os romanos reservam para seus espaços privados, mas que não querem permitir em público, mantendo ali o modo de vida pública dos *maiores*. Segundo ela, é um aspecto desse modo de vida grego que Plócio importa, a profissão de *rhetor*, e que os censores buscam coibir.

¹⁶ M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., pp. 304-305; M. C. ALEXANDER, *Oratory* cit., p. 107; C. MCNELIS, *Grammarians and Rhetoricians*, in W. DOMINIK e J. HALL (eds.), *A companion to Roman Rhetoric*, Oxford, Blackwell, 2007, p. 285.

¹⁷ Como destaca A. MANFREDINI, *L'editto* cit., pp. 145.

¹⁸ Sobre a diferença entre o modelo romano (*exercitatio* em solidão somada ao *tirocinium fori*) e o ensino grego (ginásio e escola), veja-se, além da contraposição feita por Tácito, dial. 34,1 e 35,1, M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., p. 339 e ss, e A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 144.

¹⁹ Cf. M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., p. 337.

²⁰ Para A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 147, “*la clamorosa novità introdotta dai rhetores Latini deve essere consistita nell'aver essi proposto l'insegnamento delle declamazioni come strumento di formazione superiore dell'oratore*” e não simplesmente como exercícios que ele realizava em particular ou nas etapas iniciais de sua formação com um gramático. Assim também S. F. BONNER, *Roman Education* cit., p. 72, e G. A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World. 300 B.C.-A.D. 300*, Princeton, Princeton University, 1972, p. 91-93, segundo o qual exercícios práticos de declamação já estavam presentes em Roma, como deixa claro o próprio Cícero ao falar de sua juventude (Brut. 309-310), mas eram feitos principalmente em grego, para permitir a correção por professores gregos, que, segundo ele, eram os melhores. O primeiro a ensinar exercícios declamatórios em latim teria sido L. Plócio Galo.

²¹ A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 145-146. E. FANTHAM, *The Roman World of Cicero's De oratore*, Oxford, Oxford University, 2004, p. 91; M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., pp. 318-320. Segundo a autora, em Roma apenas os *pueri* iam à escola e os jovens se dedicavam ao aprendizado na vida ativa. Os alunos de Plócio, no entanto, contrariando o costume, “*siedono tutto il giorno in una scuola e non hanno piu tempo di frequentare il foro; da un punto di vista romano, si comportano come fossero ancora ragazzi, e soprattutto trascurano e rinviando i propri doveri istituzionali.*”

Assim sendo, o que os censores defendem por meio da reprovação expressa no edito de 92 a.C. é um tipo de educação exercido desde havia muito e que o novo *ludus* punha em questão,²² sem que se possam excluir categoricamente outras motivações, como aquela de caráter cultural invocada por Crasso no *De oratore* (superficialidade do ensino e falta de formação mais ampla para os oradores), ou até mesmo um foco indevido de Plócio no falar em alta voz, que pode ter ofendido as concepções de oradores tradicionais como Crasso,²³ além de uma preocupação de caráter político com o estímulo à demagogia por parte das novas escolas de retórica, como havia ocorrido com os Gracos, formados por um *rhetor* grego em sua casa.²⁴

2. A DISCUSSÃO ACERCA DO FECHAMENTO DAS ESCOLAS NAS FONTES ANTIGAS E AUTORES MODERNOS

Esclarecidas as motivações do edito de 92 a.C., cabe questionar se ele teve como consequência o fechamento das escolas dos rétores latinos. Embora o próprio texto do edito não contenha nenhuma ordem nesse sentido e nem mesmo qualquer ordem, os autores latinos que o mencionam parecem dizer que o fechamento ocorreu.

Cícero, ao trazer a justificativa de Crasso, fá-lo empregar o verbo *tollo* (dentre cujos significados se pode mencionar “destruir, dar cabo de, pôr termo a, suprimir”) para se referir às providências tomadas contra os novos professores surgidos (*quos ego censor edicto meo sustuleram*);²⁵ Tácito, cuja fonte parece ser o próprio Cícero, afirma que os censores mandaram fechar as escolas (*cludere ludum impudentiae iussi sunt*);²⁶ Suetônio, antes de referir o texto do edito, fala que a retórica, em Roma, chegou a ser proibida de se exercer (*prohibitam exerceri*); Aulo Gélío,²⁷ por seu turno, no título do capítulo relativo, diz tratar das palavras do edito pelo qual os professores foram *inprobatii et coerciti*, e que os censores *de coercendis rhetoribus Latinis ita edixerunt*, sendo certo que o emprego do verbo *coerceo*, dentre cujas possíveis traduções temos “conter”, “refrear”, “deter”, “suspender”, “corrigir”, “punir”, “castigar”, pode induzir à impressão de que se trata do exercício da *coercitio*, um dos poderes dos magistrados romanos, empregado para se punir quem desobedecesse uma ordem por eles emitida.

(p. 319). Outro problema apontado pela autora (p. 320) é que, na escola, esses jovens não teriam como referência a *autoritas* de um homem ilustre, mas apenas a habilidade técnica de um profissional de grau social inferior ao dos próprios alunos. O *rhetor* latino profissional, regendo-se por uma lógica quase de mercado, também se mostrava um personagem diverso daqueles gregos que ensinavam no âmbito doméstico das grandes famílias romanas e se punham numa relação de clientela com os *patresfamilias*, como destacam M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., pp. 315-316, R. PICHON, *L'affaire* cit., p. 39, e S. C. STROUP, *Greek Rhetoric Meets Rome: Expansion, Resistance, and Acculturation*, in W. DOMINIK e J. HALL (eds.), *A companion to Roman Rhetoric*, Oxford, Blackwell, 2007, p. 31, para quem as novas escolas trariam também uma textualização da retórica, retirando-lhe um pouco seu caráter prático e o aprendizado semi-amador de que se orgulhavam os romanos.

²² M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., p. 329.

²³ Cf. S. F. BONNER, *Roman Education* cit., pp. 72-73.

²⁴ M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., pp. 333-334. A autora, por outro lado, rejeita a ideia de que o medo dos censores era o surgimento de uma leva de jovens acusadores violentos, sugerida por J.-M. DAVID, *Promotion civique et droit à la parole: L. Licinius Crassus, les accusateurs et les rhéteurs latins*, in *MEFRA* 91 (1979), pp. 135-181. Segundo ela (pp. 327-328), “*naturalmente non nego affatto che vi potesse essere un'avversione politica per i singoli progetti portati avanti da una determinata factio accusatorum, ma il comportamento in se non era motivo di disturbo. Un romano fedele alla tradizione non era affatto scandalizzato dalla figura di un accusatore giovanissimo e spietato che dava inizio alla propria carriera politica procurando la rovina di un dirigente piu anziano e prestigioso: al contrario, la consuetudo citata nell'editto sicuramente includeva, come una parte caratteristica, proprio il rito dell'accusa precoce e feroce di un adulescentulus.*”

²⁵ Cic. de orat. 3,93.

²⁶ Tac. Dial. 35,1.

²⁷ Gell. 15,11,2.

Boa parte dos autores modernos crê no fechamento das escolas por força do edito de 92 a.C. É o caso de M. T. LUZZATO, para quem embora elas tenham sido fechadas, não houve a expulsão dos rétores.²⁸ A. GWYNN tem o fechamento como incontestável,²⁹ R. PICHON³⁰ fala em “*décret de fermeture*” e S. F. BONNER afirma que os censores “*summarily ordered them to close the school*”.³¹

E. FANTHAM, por sua vez, embora saliente que a linguagem do edito não é coercitiva e não creia na expulsão dos professores, ao contrário do que ocorrera em 161 a.C., afirma que as escolas podem ter passado por um fechamento temporário por conta do edito, mas reganharam força já em 91 a.C.,³² o que se depreende do fato de Crasso, no diálogo, empregar o verbo “suprimir” no pretérito mais que perfeito, evidência de que as escolas sobreviveram e persistiram ao edito. Uma confirmação disso, segundo a autora, se teria no fato de que Plócio continuou a exercer seu ofício de *rhetor* profissional até pelo menos 56 a.C.; outra confirmação estaria no texto da Retórica a Herênio, manual do século I a.C., que revela certo apreço de seu autor pelos *rhetores latini*, em razão de sua rejeição formal da prática de utilizar exemplos gregos e do tom político de seus exemplos mais extensos, que reflete simpatia pelos Gracos.³³

C. MCNELIS, por seu turno, afirma que o edito não teve força jurídica, ao contrário do banimento dos rétores em 161 a.C., mas apenas indicava a insatisfação dos líderes romanos com a prática educacional do momento.³⁴ É este também o pensamento de S. C. STROUP, que não nega sua estranheza diante de um edito que não visa expulsar, dispersar, punir os professores ou fazê-los parar suas atividades e que, diante disso e da popularidade dos rétores profissionais, não teve qualquer efeito duradouro.³⁵ Conclusão semelhante se vê em A. MANFREDINI, que a partir da análise dos poderes dos censores no exercício da supervisão dos costumes (*regimen morum*), âmbito no qual se insere o edito de 92 a.C., entende que os censores buscaram apenas informar aos cidadãos, em tom paternalístico, a inadequação de certa conduta, e que a eficácia do edito dependeria sobretudo da *auctoritas* de quem o emanara, e não de qualquer força normativa inerente.³⁶

Embora, como se verá a seguir, não concordemos inteiramente com as conclusões de A. MANFREDINI, parece que o caminho por ele seguido para responder à questão relativa ao fechamento das escolas por força do edito é bastante frutífero. Diante disso, a sequencia da exposição passa a tratar da forma com que os censores exerceram seu controle dos costumes e que meios eles tinham a sua disposição para torná-lo eficaz, a fim de identificar quais seriam as consequências jurídicas do edito (cujo texto não contém nenhuma ordem de qualquer tipo) e se elas incluíam ou não o fechamento das escolas.³⁷

²⁸ *Lo scandalo* cit., p. 302, nt. 5.

²⁹ *Roman Education* cit., pp. 61-62.

³⁰ *L'affaire* cit., p. 37.

³¹ *Roman Education* cit., p. 72.

³² *The Roman World* cit., p. 48.

³³ *The Roman World* cit., pp. 91-92. A. MANFREDINI, *L'editto* cit., pp. 135-140, refuta a ideia de que a Retórica a Herênio seria um dos frutos da escola dos rétores latinos.

³⁴ *Grammarians and Rhetoricians* cit., p. 285.

³⁵ *Greek Rhetoric* cit., pp. 29-30.

³⁶ *L'editto* cit., p. 111.

³⁷ Sem adentrar na análise jurídica da questão, G. A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric* cit., p. 91, sugere que a desaprovação manifestada pelos censores trazia consigo uma ameaça ao status de quem infringisse seus termos, circunstância que será seguida aqui como linha de raciocínio para explicar as consequências do edito.

3. O REGIMEN MORUM E OS PODERES DOS CENSORES

Embora o recenseamento dos cidadãos romanos e suas propriedades tenha sido instituído durante o período monárquico e fosse realizado, durante o início da república, pelos próprios cônsules, cria-se, em 443 a.C., uma magistratura específica para desempenhar essa tarefa, uma vez que aqueles viviam ocupados nas guerras e o censo não se realizava havia tempo, não se podendo adiar-lo mais ainda. Trata-se da censura, magistratura ordinária (eleita em períodos regulares de tempo – a cada cinco anos) e maior (seus ocupantes detêm os *auspicia* e são eleitos nos comícios por centúrias, embora não possuam o *imperium*, ao contrário dos cônsules e pretores), aberta inicialmente apenas aos patrícios e, após 351 a.C., também aos plebeus.³⁸

Inicialmente, suas funções se limitavam à realização do censo, mas com o tempo essa tarefa atraiu para os censores outros poderes e deveres, como a supervisão dos costumes do povo (*regimen morum*) e a administração e cuidado do patrimônio da república.³⁹

O censo, a mais antiga delas, se realizava resumidamente da seguinte maneira: após a tomada de auspícios e o chamamento dos cidadãos, feito de forma separada para cada tribo, todo *paterfamilias* deveria comparecer perante os censores e declarar, mediante juramento, seu nome e as informações exigidas sobre seus bens, com base no arbítrio dos censores, mas também nas regras que os magistrados haviam promulgado antes do início do censo, por meio de um edito conhecido como *lex censui censendo* ou *formula censoria*.⁴⁰ Na avaliação dos bens, os censores gozavam de certa autonomia, podendo superestimar o valor a fim de impedir fraudes nas declarações ou impor uma taxaço maior quando lhes parecesse adequado (o que ocorria, por exemplo, com os artigos de luxo).

³⁸ Sobre a origem da censura, veja-se E. M. A. MADEIRA, *A censura na antiga Roma*, in Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo 14 (2008), pp. 153-155. Com ampla indicação de fontes romanas: G. LONG, *Censor*, in W. SMITH, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875, pp. 260-261; TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain vol. IV*, Paris, Thorin, 1894, pp. 1-3; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana, Vol. I*, Napoli, Jovene, 1951, pp. 271 e ss; GIZEWSKI, C., *Censores*, in *Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 3*, pp.103-104;

³⁹ G. LONG, *Censor* cit., p. 262; E. M. A. MADEIRA, *A censura* cit., pp. 154, 159, 161, onde a autora destaca que a administração do patrimônio implicava em “zelar pelos edifícios, estradas e obras públicas e decidir sobre o destino do *ager publicus*”, como a locação e alienação. Um resumo das funções dos censores pode ser encontrado em Liv. 4,8,2: *Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatui equitumque centuriis decoris dedecorisque discrimen sub ditione eius magistratus, ius publicorum privatorumque locorum, vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio eius essent.* “Nesse ano foi criada a censura que, modesta em sua origem, viria a adquirir mais tarde tal importância que os costumes e normas de vida do povo romano seriam confiados a sua direção, que as questões de honra e desonra dos senadores e das centúrias de cavaleiros seriam submetidas à decisão dessa magistratura, e que a inspeção dos lugares públicos e particulares bem como as rendas do povo romano passariam a depender de sua aprovação e julgamento.” Tradução de Matos Peixoto, *História de Roma, Vol. I*, 2ª ed., São Paulo, Paumape, 1995. Também em Cic. leg. 3,3,7, vemos uma descrição das competências acumuladas pelos censores ao longo do tempo: *Censoris populi aevitates suboles familias pecuniasque censento, urbis templa vias aquas aerarium vectigalia tuento, populique partis in tribus describunto, exin pecunias aevitatis ordinis partiunto, equitum pedumque prolem describunto, caelibes esse prohibento, mores populi regunto, probrum in senatu ne relinquonto. Bini suntu, magistratum quinquennium habento eaque potestas semper esto, reliqui magistratus annui suntu.* “Compete aos censores o recenseamento do povo segundo as idades, a descendência, os escravos e o patrimônio; a inspeção dos templos, das ruas, das fontes, do tesouro e dos impostos; compete a eles dividir o povo em tribos, distinguindo os cidadãos por fortuna, por idades e de acordo com as ordens; manter o registro dos filhos dos cavaleiros e dos soldados da infantaria; coibir o celibato; velar sobre os costumes do povo; não deixar o indigno no Senado. Serão dois e a magistratura durará cinco anos, enquanto que os demais magistrados serão anuais. E seu poder será permanente.” Tradução de E. M. A. MADEIRA, *A censura* cit., p. 157, ligeiramente modificada.

⁴⁰ Liv. 4,8; 29,15; 43,14.

Após coletar todas as informações necessárias, os censores redigiam as listas das tribos, centúrias e classes, uma vez que a posição de cada cidadão no exército e nas votações nos comícios era baseada em sua riqueza, daí a grande importância do censo. Os censores deveriam também confeccionar as listas dos senadores, retirando os nomes que julgassem indignos ou incluindo aqueles que passassem a merecer tal posição (é a chamada *lectio senatus*, que compete aos censores ao menos desde o Plebiscito Oviniano, datado entre 318 e 313 a.C). Da mesma forma, redigiam as listas dos *equites*, excluindo ou incluindo os cidadãos, conforme sua riqueza e moralidade. Depois disso, contavam-se os cidadãos e se anunciava o número deles, encerrando-se o censo por meio da cerimônia do *lustrum*, com o objetivo de purificar a cidade.⁴¹

Essa faculdade de, ao redigir as listas de cidadãos, excluir ou alterar a posição daqueles que fossem tidos como indignos de pertencer a uma determinada ordem (senatorial ou equestre), com o tempo conferiu aos censores o poder de avaliar a conduta moral dos cidadãos em público ou em particular e supervisionar sua conformidade com os costumes dos antepassados, de que os censores passaram a ser os principais guardiões. Essa faculdade, conhecida como *regimen morum*,⁴² passa a ser o aspecto mais destacado da censura e a razão para a grande reverência e temor com que tal magistratura era encarada pelos romanos.⁴³

No exercício do *regimen morum*, se os censores não se limitassem, como era possível acontecer, a uma mera admoestação, expressavam sua desaprovação e puniam o cidadão por meio de uma *nota*, *notatio* ou *animadversio censoria*, aposta ao nome do indivíduo nas listas por eles confeccionadas. Tal punição era imposta apenas de acordo com sua consciência e senso de dever, uma vez que prestavam juramento de agir imparcialmente, mas, ao redigir as listas de cidadãos, eles deviam identificar o motivo da punição (*subscriptio censoria*),⁴⁴ o que se mostra como uma limitação a seu arbítrio. Uma *nota censoria* gerava para o cidadão “apenas” a *ignominia* e não a *infamia*,⁴⁵ e essa decisão dos censores (válida apenas se ambos concordassem) não

⁴¹ G. LONG, *Censor cit.*, pp. 262-263; E. M. A. MADEIRA, *A censura cit.*, pp. 157-158; GIZEWSKI, C., *Census*, in *Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 3*, pp.110-111.

⁴² As fontes romanas se referem a essa faculdade de maneiras diversas: Cic. leg. 3, 3,7 : *Censores... mores populi regunt*; Cic. Cluent. 42, 119 : *Hunc... populi Romani... moribus praefuisse*; 46, 129 : *Praefectus moribus, magister veteris disciplinae ac severitatis*; De prov. cons. 19,46 : *Morum severissimum magisterium*; Liv. 4,8,2 : *tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen*; Tito Lívio fala também no censor como *morum regendis creatus* (Liv. 42, 3, 7) e *morum nostris praepositus* (Liv. 40, 46, 1), além de empregar a expressão *mores regere* diversas vezes (Liv. 24, 18, 2; Liv. 41, 27, 13), ou simplesmente *regere* (Liv. 24, 18,7). Com relação à mesma função, veja-se ainda Dion. 18,19; Dion. 20,13,2-3; Plut. Cat. Ma. 16, e Lydus, De mag. 1,43.

⁴³ TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, vol. IV cit., pp. 53-54; G. LONG, *Censor cit.*, p. 263. Além disso, sobre o *regimen morum*, suas origens e exercício, veja-se A. E. ASTIN, *Regimen Morum*, in *JRS* 78 (1988), pp. 14-34; G. HUMBERT, *Censores in Daremberg-Salio. Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, vol. 2, pp. 995-997; M. HUMM, *Il regimen morum dei censori e le identità dei cittadini*, in A. CORBINO, M. HUMBERT e G. NEGRI (orgs), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Padova, Cedant, 2008, pp. 283-314; G. DE MARTINO, *La censura in Livio*, in *Heliopolis. Culture e Civiltà XI-1* (2013), pp. 24-38; M. V. GIANGRIECO PESSI, *Brevi riflessioni sul ruolo della censura nella dialettica costituzionale della prima repubblica*, in *Societas – Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 167 e ss.

⁴⁴ Segundo TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, Vol. IV cit, p. 63, nt. 2, os termos *nota*, *notare* e *notatio* são de uso mais geral (Cic. Cluent. 46,128; Cic. re pub. 4,10), sendo *subscribere* (Cic. cluent. 45,126 e 47,131; Gell. 4,20,6) e *subscriptio* (Cic. Cluent. 42,118 e 47, 132) expressões mais técnicas para indicar a anotação realizada pelos censores, assim como *animadvertere* e *animadversio* (Cic. cluent. 42,117 e 48,133; Cic. re pub. 4,6; Cic. off. 1,31,111). O termo *notio*, por sua vez, não designa a *subscriptio*, mas sim a tomada de conhecimento da infração que a precede, tanto que a palavra é frequentemente acompanhada de *animadversio*, *iudicium* ou outro termo correspondente.

⁴⁵ É o que Cícero deixa claro em Cic. re pub. 4,7: “*censoris iudicium nihil fere damnato nisi ruborem offert. Itaque, ut omnis ea iudicatio versatur tantum modo in nomine, animadversio illa ignominia dicta est.*” A *infâmia*, segundo A. BERGER, *Infamia*, in *Encyclopedical Dictionary of Roman Law*, p. 500, era uma indignidade com consequências jurídicas mais nítidas, como a proibição de atuar nos tribunais ou funcionar como tutor, além de reflexos nos direitos sucessórios em alguns casos. Além disso, resultava não de uma atuação do censor, mas da condenação em certas ações (alguns delitos privados ou casos envolvendo contratos em que a boa-fé era fundamental).

configurava um *iudicium* ou *res iudicata*, pois seus efeitos não eram duradouros e podiam ser removidos pelo próximo censor.⁴⁶

Uma *nota censoria* podia ser imposta numa série de casos, que não estavam definidos de antemão e variavam conforme a consciência de cada censor, não havendo como expô-los em detalhes, diante da ampla casuística encontrada nas fontes romanas e a partir da qual se revelam apenas algumas das diretrizes que normalmente guiavam os censores.⁴⁷

A imposição da *nota*, além da vergonha e provável perda de prestígio que gerava, podia redundar em outras consequências para o cidadão atingido, que variavam conforme seu status social. Eram elas a exclusão do Senado, a retirada do cavalo público de um cavaleiro, a mudança ou exclusão de uma tribo ou mesmo a degradação à condição de *aerarius*.

A *motio* ou *eiectio senatu*, que não impedia o retorno ao senado no próximo censo, podia se dar com a simples exclusão da lista, o que se percebia pela omissão dos nomes dos *praeteriti senatores* quando da leitura pública da lista ou, em alguns casos vir acompanhada de uma admoestação pública por parte do censor ao ler a lista de senadores. Nada impedia que um senador não fosse simplesmente excluído do senado, mas também de sua tribo e, assim, rebaixado ao grau mais inferior da escala social, o que, no entanto, era raro acontecer. Também a *ademptio equi*, ou seja, a perda do *equus publicus* por parte de um cavaleiro, podia ser combinada com o rebaixamento de grau.

A *motio e tribu*, ou seja, a exclusão do cidadão de sua tribo, originalmente equivalia à degradação à condição de *aerarius*, mas com o tempo, conforme se estabeleceu uma distinção entre as tribos rústicas e urbanas, a remoção da tribo significava a mudança de um cidadão para as tribos urbanas, menos respeitadas e cujo voto tinha menos valor.

A degradação à condição de *aerarius* (cidadão sem direito de voto nas assembleias e sujeito ao pagamento de uma taxa) podia ser imposta a qualquer pessoa, independentemente da ordem social a que pertencesse. Sendo a mais grave, por implicar uma diminuição considerável nos direitos políticos, ela incluía todas as outras, uma vez que um cavaleiro não podia se tornar *aerarius* antes de ser privado de seu cavalo público e o membro de uma tribo rústica deveria antes ser excluído dela.⁴⁸

Para além do instrumento da *nota censoria*, voltado apenas contra indivíduos específicos, os censores podiam também se valer de seu poder de emanar editos (*ius edicendi*) para exercer o controle dos costumes por meio de publicações de caráter geral.⁴⁹ É o que ocorreu, de forma

⁴⁶ A. BERGER, *Nota Censoria*, in *Encyclopedical Dictionary of Roman Law*, p. 598; TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, Vol. IV cit., pp. 62-63 e 66; GIZEWSKI, C., *Nota censoria*, in *Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 9*, pp. 826-827. G. LONG, *Censor* cit., p. 263, segundo o qual a *nota* não parece que privasse um magistrado de seu cargo nem desqualificasse (juridicamente) alguém a concorrer às magistraturas, atuar como *iudex* ou servir ao exército, e cita o caso de M. Emílio, que foi feito ditador mesmo após uma *animadversio censoria* (Liv. 4,31).

⁴⁷ G. LONG, *Censor* cit., p.264, em que o autor classifica em dois tipos as ofensas passíveis de punição pela *nota*: a) má conduta na vida privada, como o celibato em determinadas épocas (punido com a imposição de uma multa), a dissolução do matrimônio de forma inadequada, conduta imprópria com relação à mulher e filhos ou pais, luxo excessivo ou prodigalidade, desleixo no cultivo dos campos, crueldade contra escravos ou o desempenho de profissões desonrosas, dentre outras condutas; b) ações que ofendessem a moralidade pública, e que eram proibidas por meio de um edito, cuja desobediência, segundo o autor, sujeitava o indivíduo à imposição da *nota*. G. HUMBERT, *Censores* cit., p. 997, faz uma classificação diferente das ofensas passíveis de *nota*, distinguindo entre aquelas que ameaçam a prosperidade material da república e aquelas que ameaçam sua grandeza moral. Já TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, Vol. IV cit., pp. 55-60, com farta indicação de fontes, elenca várias condutas que ensejaram a punição ao longo da história romana.

⁴⁸ Descrição das consequências dada por G. LONG, *Censor* cit., p. 264.

⁴⁹ G. HUMBERT, *Censores* cit., p. 997.

excepcional, com as punições financeiras impostas por Catão aos proprietários de objetos de luxo, bem como alguns editos sobre iguarias oferecidas nos banquetes, sobre a venda de perfumes exóticos, sobre o preço do vinho, ou no caso das escolas de retórica. Mas, segundo afirma E. ASTIN, tais medidas foram poucas, nada duradouras, e na maioria do tempo os censores atuavam por meio da *nota censoria* e apenas sobre alguns indivíduos, de cujos deslizes eles tomavam conhecimento imediatamente ou por meio de terceiros que funcionavam como acusadores, o que talvez tornasse a incidência de sua atuação menos ampla do que parece pela narrativa das fontes, interessadas nos casos curiosos e anedóticos.⁵⁰

4. A CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE JURÍDICA PARA A ELUCIDAÇÃO DA CONTROVÉRSIA RELATIVA AO FECHAMENTO DAS ESCOLAS DE RETÓRICA

Segundo A. MANFREDINI, o fato do edito de 92 a.C. se inserir no contexto do *regimen morum* (o que fica claro pela referência a *ludus impudentiae* e pela competência dos censores para atuar também no âmbito da educação dos filhos)⁵¹ é fundamental para estabelecer quais fossem suas finalidades e para discutir a opinião segundo a qual os censores teriam coercitivamente banido os *rhetores latini* e decretado o fechamento das escolas.⁵²

Em favor da tese do fechamento estaria o texto de Suetônio, onde a notícia de tal edito vem logo após a menção ao senatusconsulto de 161 a.C., que concedia ao pretor amplas faculdades de expulsar rétores e filósofos gregos de Roma, ou seja, que implicava no amplo exercício da função coercitiva. Além disso, Aulo Gélio, ao tratar das duas medidas (senatusconsultos e edito dos censores), fala do último como edito *de coercendis rhetoribus Latinis* e, de forma genérica, menciona a *coercitio*.

No entanto, a partir de um aspecto da análise sobre os poderes dos censores, notadamente o fato de não serem dotados de *imperium*, já se pode afirmar que, malgrado o termo empregado por Aulo Gélio, o caso dos *rhetores* em 92 a.C. não é um exemplo de emprego da *coercitio*, que A. BERGER define como o poder que tinham os magistrados romanos de garantir a obediência a suas ordens e punir ofensas menores por meio de atos de constrição ou repressão (prisões, multas, penhoras) contra os quais geralmente não havia recurso e que eram levados a cabo sem qualquer procedimento fixo, dependendo da discricionariedade do magistrado.⁵³ Esse poder, segundo TH. MOMMSEN, estava ligado ao *imperium* dos magistrados e não era exercido pelos censores senão de forma muito tênue, com a aplicação de multas, e jamais em relação a uma *nota censoria*.⁵⁴

Segundo A. MANFREDINI, a explicação para o uso de *coerceo* em Aulo Gélio é que tanto ele quanto os autores modernos foram induzidos ao erro porque o edito de 92 a.C. encontra-se ligado a um episódio análogo e no qual realmente se fez uso do poder repressivo do pretor, mas a questão do fechamento das escolas se resolve pela análise do poder edital dos censores e da função normativa de cada categoria de edito.

⁵⁰ *Regimen Morum* cit., p. 26

⁵¹ Cf. Dion. 20,13,2; Plut. Cat. Maior. 16 16. TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain, Vol. IV*, p. 59, nt. 6, relaciona o edito expressamente com esse aspecto do *regimen morum*, levando em conta que ele contivesse mais do que uma simples advertência.

⁵² *L'editto* cit., p. 105.

⁵³ *Coercitio*, in *Encyclopedical Dictionary of Roman Law*, p. 393.

⁵⁴ *Droit Public Romain, Vol. I*, Paris, Thorin, 1893, p. 158, nt. 2, e p. 164.

São indicados com a terminologia *edictum* os provimentos emanados pelos censores em relação: a) aos critérios para realização do censo (como em Liv. 43,14,5), ainda que o termo técnico mais preciso seja *formula censendi*,⁵⁵ ou *formula census*;⁵⁶ b) ao exercício de funções administrativas (as chamadas *leges contractus*, tratadas como editos em Liv. 39,44,8; 43,16,2) e c) também à supervisão dos costumes (como o edito de 92 a.C. e outros exemplos sobre os *un-guenta exotica*, o vinho grego, e a repressão ao luxo).⁵⁷

Mas a eficácia normativa de cada um desses “editos” é diversa. As *leges censoriae* (concessões para construção e manutenção de edifícios) têm uma eficácia normativa relevante e podem se fazer cumprir pelo censor por meios variados de constrição patrimonial. No que diz respeito à *formula censendi*, mesmo com relação às disposições ali contidas, as fontes não atestam nenhum poder coercitivo à disposição do censor para obter seu cumprimento ou punir os desobedientes. Pelo contrário, há testemunhos indicando que, quando isso se fazia necessário, o censor recorria à intervenção dos cônsules para levarem a cabo a repressão contra o *incensus* (que não comparece ao censo).⁵⁸

Por fim, com relação aos editos em matéria de *cura morum*, as fontes são completamente omissas e o único exemplo certo de tal medida é o edito de 92 a.C., mas, com base nele, o que se pode afirmar, segundo A. MANFREDINI, é que tais editos se dirigiam a toda a coletividade, no intuito de informá-la, em tom paternalístico, acerca das condutas que os censores consideravam contrárias aos costumes tradicionais e que, em alguns casos, por serem praticadas no íntimo da vida doméstica, encontrariam sanção apenas na reprovação imposta pelos indivíduos a si mesmos em sua consciência. A eficácia dessas recomendações dependeria, portanto, apenas da *autoritas* da própria magistratura ou daquela de cada censor em particular, afora o temor de ser atingido por uma *nota*.⁵⁹

Para o autor, aliás, nem mesmo a *nota* pode ser considerada como sanção para o descumprimento de um edito relativo ao *regimen morum*, uma vez que as diversas fontes em que se relata a emanação de uma *nota*, com suas consequências (exclusão do senado, perda do *equus publicus*⁶⁰ ou degradação à condição de *aerarius*) jamais vinculam a punição à violação de algum edito dos censores. E a própria *nota* não era uma punição assim tão eficaz, uma vez que poderia ser revogada no próximo censo e, para determinados estratos sociais (como os *aerarii*), não surtia efeito jurídico algum, mas apenas moral, gerando vergonha e ignomínia.⁶¹

Tais considerações, somadas ao fato de que o texto do edito de 92 a.C. não contém nenhuma ordem taxativa ou mesmo ameaças expressas, apresentando apenas uma advertência moral para toda a coletividade e não apenas para os promotores daquele *ludus impudentiae*, levam

⁵⁵ Liv. 4,8,4 e 29,15,9.

⁵⁶ Tab. Heracl. I 145 em *FIRA* 1,140.

⁵⁷ A. MANFREDINI, *L'editto* cit., p. 106. O autor nota também (p. 107-108) que o termo *lex*, por sua vez, também é utilizado para os atos administrativos dos censores, para a *formula censendi* e, em alguns casos, para se referir aos editos censórios relativos à *cura morum*, mas neste último caso a denominação é vista com suspeita (Mommsen, por exemplo, afirma que o termo é uma invenção de Plínio) e pode fazer pensar na verdade, em leis comiciais chamadas de *censoriae* apenas por terem caráter suntuário e por terem sido provavelmente estimuladas pelos censores, apesar de não serem eles os responsáveis pela proposição formal (*rogatio*).

⁵⁸ A. MANFREDINI, *L'editto* cit., pp. 109-110.

⁵⁹ *L'editto* cit., p. 111, onde o autor ressalta que o caráter de recomendação está presente ainda no Império, quando era de se esperar que a censura assumisse um caráter mais cogente derivado da autoridade do príncipe. É o que se vê nos editos emanados por Cláudio na qualidade de censor (Suet. Claud. 16 utiliza o verbo *admoneo* para se referir a elas). Esse caráter normativo mais fraco dos editos dos censores é ressaltado também por TH. MOMMSEN, *Droit Public Romain*, Vol. IV cit., p. 50, nt. 3.

⁶⁰ Cavalos que os membros da ordem equestre recebiam da *res publica* ou que adquiriam com dinheiro fornecido por ela (*aes equestre*) e cuja manutenção era custeada pela república com o *aes hordearium* (Gai 4, 27).

⁶¹ *L'editto* cit., p. 111-112.

A. MANFREDINI a negar que o edito tenha determinado o fechamento das escolas ou a expulsão dos *rhetores*.⁶²

No entanto, embora seja certo que o edito não determinou diretamente o fechamento das escolas e muito menos a expulsão dos rétores latinos, pode-se discordar do autor no que diz respeito à eficácia da *nota censoria* como meio de pressão tendente a garantir a eficácia do edito (considerando-se que sua intenção fosse realmente suprimir as escolas).

De fato, as fontes não vinculam a notação a editos específicos, o que dá a entender que os censores atuaram apenas com base em seu arbítrio e naquilo que identificavam como o *mos maiorum* ou a moral vigorante. Mas, se podia haver a punição mesmo sem uma previsão anterior, não seria de se esperar que ela ocorresse com muito mais razão quando existisse um edito declarando expressamente qual a conduta reprovável, como era o caso do edito de 92 a.C. relativo aos *rhetores latini*? Assim, não parece haver impossibilidade de que o edito em questão pudesse gerar a *ignominia* daqueles que agissem contra seu conselho.

E ainda que, como se viu acima, a eficácia de uma *nota censoria* não fosse perpétua e pudesse ser revogada no próximo censo, pode ser que mesmo assim ela funcionasse para desestimular a frequência às escolas dos *rhetores* latinos e, assim como ocorreu com Cícero, outros jovens tenham deixado de acorrer a elas, seja porque eles mesmos temessem a *ignominia* de uma possível notação, seja porque seus pais ou preceptores nutrissem tal preocupação.

Se, como afirma A. MANFREDINI, o edito não causou o fechamento das escolas, como se explicaria o emprego de *sustuleram* por Cícero?⁶³ Uma hipótese é que o verbo empregado, neste caso, não queira dizer realmente supressão ou fechamento, mas apenas certa repreensão dirigida aos rétores. Além disso, pode ser que Cícero tenha empregado o verbo de forma hiperbólica para indicar uma ação que realmente não tinha em mira consequências tão drásticas, mas apenas a admoestação dos jovens e a reprovação moral dos professores.

Mas se o verbo empregado realmente se referia ao fechamento, o que dizer? Que Cícero estaria inventando um fato? Não parece ser o caso, tendo em vista a preocupação com a correção histórica na construção do diálogo, como admite o próprio A. MANFREDINI ao defender a autenticidade do edito.⁶⁴

O mais provável, nesse caso, é que o fechamento tenha ocorrido não como consequência direta do edito, o que parece impossível, já que ele não contém nenhuma ordem nesse sentido, mas em razão da falta de alunos, talvez barrados da mesma maneira que Cícero, por razões educacionais (era melhor aprender em grego) ou por medo de uma *nota censoria*, que parece uma

⁶² *L'editto cit.*, p. 112: “*Alla luce di queste considerazioni – prime tra tutte, la mancanza di rilievo strettamente giuridico degli editti emanati a tutela della moralità e l’assenza di un potere coercitivo in senso tecnico in capo ai censori – si può fondatamente respingere l’opinione secondo la quale i censori del 92 hanno coercitivamente allontanato i rhetores Latini e decretato lo scioglimento delle loro scuole.*” Segundo ele, quando os censores se viam diante de questões morais graves e que exigiam medidas mais drásticas, como intervenções coercitivas ou medidas normativas, só lhes restava inspirar leis suntuárias ou solicitar a intervenção do senado, como fizeram os censores de 97 a.C. para a abolição dos sacrifícios humanos. (Plin. N. H. 30,12)

⁶³ *O cludere... iussi sunt* de Tácito é mais facilmente explicável se o fechamento não tiver ocorrido, uma vez que ele, além de não ter acesso ao texto do edito, se baseia em Cícero para construir seu relato e deve ter interpretado o *sustuleram* posto na boca de Crasso como indício do fechamento, ainda que Cícero não tenha dito expressamente isso.

⁶⁴ *L'editto cit.*, p. 103: “*Cicerone, sotto l’occhio attento dei contemporanei, molti dei quali dovevano ricordare l’evento accaduto pochi decenni prima (nel 92), non può avere inventato l’emanazione dell’editto nè alterato profondamente i motivi che lo avevano ispirato.*” Acerca do tema, veja-se E. RAWSON, *Cicero the Historian and Cicero the Antiquarian*, in *JRS* 62 (1972), pp. 33-45, R. E. JONES, *Cicero’s Accuracy of Characterization in His Dialogues*, in *American Journal of Philology* 60.3 (1939), pp. 307-325, e A. LINTOTT, *Cicero as Evidence: A Historian’s Companion*, Oxford, Oxford University, 2008.

sanção relativamente grave, a ser levada em consideração por um cidadão romano cioso de sua reputação.

De qualquer forma, pode ser que o edito não tenha tido eficácia duradoura e o fechamento tenha sido apenas provisório, tendo em vista o florescimento posterior das escolas de declamação e a presença de Plócio como rétor anos depois.⁶⁵ Uma razão adicional para se duvidar da eficácia social do edito é o próprio fato de Cícero, ao fazer Crasso justificar sua ação, apontar para a existência de um questionamento e talvez oposição à medida por parte de um círculo da sociedade, demonstrando não haver consenso social com relação à medida tomada pelos censores.

O fato é que, mesmo com o edito de 92 a.C., o ensino da retórica continua a florescer em Roma. Gnifo ministra numa escola em 66 a.C.;⁶⁶ Voltacílio Ploto, um liberto, abre uma escola na qual Pompeu vai estudar; a esses se somam outros e a retórica encontra seu espaço, talvez em grande parte devido à acomodação terminológica e ideológica feita por Cícero em seus trabalhos.⁶⁷

REFERENCIAS

ACHARD, Guy, **Les rhéteurs sous la République: des hommes sous surveillance?**, in *Ktèma* 14 (1989), pp. 181-188.

ALEXANDER, Michael C., **Oratory, Rhetoric, and politics in the Republic**, in W. Dominik e J. Hall, *A companion to Roman Rhetoric*, Oxford, Blackwell, 2007.

ASTIN, Alan E., **Regimen Morum**, in *JRS* 78 (1988), pp. 14-34.

BERGER, Adolf, **Encyclopedical Dictionary of Roman Law**. Transactions of the American Philosophical Society, Volume 43, Part 2, Philadelphia, 1953.

BONNER, Stanley F., **Education in Ancient Rome: From the Elder Cato to the Younger Pliny**, London-New York, Routledge, 1977.

DAVID, Jean-Michel, **Promotion civique et droit à la parole: L. Licinius Crassus, les accusateurs et les rhéteurs latins**, in *MEFRA* 91 (1979), pp. 135-181.

DE MARTINO, Francesco, **Storia della costituzione romana**, Vol. I, Napoli, Jovene, 1951.

DE MARTINO, Gabriele, **La censura in Livio**, in *Heliopolis. Culture e Civiltà* XI-1 (2013), pp. 24-38.

FANTHAM, Elaine, **The Roman World of Cicero's De oratore**, Oxford, Oxford University, 2004.

GIANGRIECO PESSI, Maria Vittoria, **Brevi riflessioni sul ruolo della censura nella dialettica costituzionale della prima repubblica**, in *Societas – Ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli, Jovene, 1999, pp. 161-170.

GIZEWSKI, Carl, **Censores**, in *Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity*. Volume 3, pp.103-104.

⁶⁵ Nesse sentido, P. L. SCHMIDT, *P. Gallus*, in *Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 11*, p. 403.

⁶⁶ Suet. Gramm. 7,4.

⁶⁷ M. T. LUZZATO, *Lo scandalo* cit., p. 338; S. F. BONNER, *Roman Education* cit., p. 74; G. ACHARD, *Les rheteurs* cit., p. 188; G. A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric* cit., p. 96; L. PERNOT, *La rhétorique* cit., p. 138.

GIZEWSKI, Carl, **Census**, in Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 3, pp.110-111.

GIZEWSKI, Carl, **Nota censoria**, in Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 9, pp. 826-827.

GWYNN, Aubrey, **Roman Education from Cicero to Quintilian**, Oxford, Clarendon, 1926.

HUMBERT, Gustave, **Censores** in Daremberg-Salio Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines, vol. 2, pp. 995-997.

HUMM, Michael, **Il regimen morum dei censori e le identità dei cittadini**, in Corbino, Alessandro, Humbert, Michel, e Negri, Giovanni (orgs), Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano, Padova, Cedant, 2008, pp. 283-314.

JONES, Robert Epes, **Cicero's Accuracy of Characterization in His Dialogues**, in American Journal of Philology 60.3 (1939), pp. 307-325.

KENNEDY, George A., **The Art of Rhetoric in the Roman World. 300 B.C-A.D. 300**, Princeton, Princeton University, 1972.

LINTOTT, Andrew, **Cicero as Evidence: A Historian's Companion**, Oxford, Oxford University, 2008.

LONG, George, **Censor**, in W. Smith, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, London, 1875, pp. 260-266.

LUZZATO, Maria Tanja, **Lo scandalo dei "Retori latini"**. Contributo alla storia dei rapporti culturali fra Grecia e Roma, in Studi Storici 43, n. 2 (2002), pp. 301-346.

MADEIRA, Eliane Maria Agatti, **A censura na antiga Roma**, in Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo 14 (2008), pp. 153ss.

MANFREDINI, Arrigo, **L'Editto 'de coercendis rhetoribus latinis' del 92 a.C.**, in SDHI XLII (1976), pp. 99-ss.

MCNELIS, Charles, **Grammarians and Rhetoricians**, in W. Dominik e J. Hall (eds.), A companion to Roman Rhetoric, Oxford, Blackwell, 2007.

MOMMSEN, Theodore, **Droit Public Romain, Vol. IV**, Paris, Thorin, 1894.

PERNOT, Laurent, **La rhétorique dans l'Antiquité**, Paris, Librairie Générale Française, 2000.

PICHON, René, **L'affaire des rhetores latini**, in REA 6 (1904), pp. 37-41.

RAWSON, Elizabeth, **Cicero the Historian and Cicero the Antiquarian**, in JRS 62 (1972), pp. 33-45.

SCATOLIN, Adriano, **A invenção no Do orador de Cícero: Um estudo à luz de Ad familiares I,9,23**, Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHMIDT, Peter L., **P. Gallus**, in Brill's New Pauly. Encyclopedia of the Ancient World. Antiquity. Volume 11, p. 403.

STROUP, Sarah Culpepper, **Greek Rhetoric Meets Rome: Expansion, Resistance, and Acculturation**, in W. Dominik e J. Hall (eds.), A companion to Roman Rhetoric, Oxford, Blackwell, 2007.

DOUVERNY, Felipe Epprecht

Recebido em: 12 set. 2018.

Aceito em: 18 mar. 2019.

PATENTES E REGULAÇÃO ECONÔMICA APLICADA AOS FÁRMACOS

Daniel Amin Ferraz

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília

Rafael Arcuri

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a Teoria do Interesse Público não é capaz de explicar porque existem patentes de fármacos, mas a Teoria da Escolha Pública sim. Para que a Teoria do Interesse Público pudesse explicar o sistema de patentes, tal sistema teria que ser a regulação que mais elevasse o bem-estar da população. Porém, os estudos e as justificativas formais que defendem o modelo patentário ignoram a competição entre patentes que tenham o mesmo fim terapêutico. Se a escolha política entre as formas de regulação simplesmente ignora os fatos relevantes para aferir o bem-estar social – a troca entre exclusão e acesso – ela não pode se justificar como sendo a regulação que melhor representa o interesse público. A metodologia da pesquisa é hipotético-dedutiva, uma vez que foram utilizados testes com o objetivo de corroborar a hipótese de que a Teoria do Interesse Público seria capaz de explicar porque existem patentes de fármacos. Como esses testes falharam, testou-se a hipótese de que a Teoria da Escolha Pública seria capaz de explicar porque existem patentes de fármacos. A conclusão é que esta última se manteve sólida, não sendo falseada. A pesquisa se justifica uma vez que não existem outros trabalhos semelhantes e seu valor decorre da utilidade das suas conclusões para o debate das políticas públicas relacionadas a patentes de fármacos.

PALAVRAS-CHAVE: Patentes. Fármacos. Competição *intra* patentes. Competição entre patentes.

Patents and economic regulation applied to pharmaceuticals

ABSTRACT: This paper aims to show that the Public Interest Theory is not able to explain why there are patents for drugs, but the Public Choice Theory does. In order for the Public Interest Theory to explain the patent system, such a system would have to be the regulation that most increased the welfare of the population. However, the studies and formal justifications that support the patent system ignore the competition between patents that have the same therapeutic purpose. If the political choice between forms of regulation simply ignores the relevant facts for measuring social welfare - the exchange between exclusion and access - it can not be justified as the regulation that best represents the public interest. The research methodology is hypothetical-deductive since tests were used to corroborate the hypothesis that the Public Interest Theory would be able to explain why there are patents for drugs. As these tests failed, the Public Choice Theory hypothesis was tested to see if it would be able to explain why there are pharmaceutical patents. The conclusion is that the latter has remained solid and not been falsified. The research is justified since there are no other similar works and its value derives from the usefulness of its conclusions for the debate of public policies related to drug patents.

KEYWORDS: Patents. Pharmaceuticals. Within-Patent Competition. Between-Patent Competition.

INTRODUÇÃO

O acesso à tecnologia, incorporada ao capital, aos bens ou ao conhecimento, é condição do exercício das distintas atividades econômicas e constitui elemento determinante na capacidade competitiva das empresas¹.

Os contratos de transferência de tecnologia constituem a forma normal de acesso a esse fator de produção (a tecnologia de desenvolvimento). Assim, os investimentos em longo prazo em investigação e tecnologia constituem um dos mecanismos fundamentais para que uma economia industrializada mantenha sua taxa de conhecimento e sua quota de inserção no comércio internacional.

Tal situação é agravada pela prática comum de transferência da tecnologia pelos pacotes tecnológicos, sendo difícil para o adquirente o conhecimento de todos os elementos que fazem parte da tecnologia adquirida. Tal condição gera a eterna dependência econômica e tecnológica do adquirente com relação ao cedente. Todas essas restrições, quando praticadas em larga escala, são suscetíveis, até mesmo, de afetar a independência econômica dos Estados.

Por constatar as características acima elencadas, especialmente a partir do final dos anos 60 do século passado, em um número considerável de países em desenvolvimento adotou-se legislação específica no domínio da transferência de tecnologia.

De maneira geral, tais legislações (que têm base na carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas) conferem poderes de intervenção aos Estados.

A intervenção poderia estar caracterizada de forma múltipla: a) necessidade de autorização estatal para a celebração de contratos de transferência de tecnologia entre empresas nacionais e estrangeiras; b) imposição de determinadas cláusulas previstas em lei no âmbito dos contratos; c) proibição de condições restritivas para o adquirente da tecnologia; d) imposição de cláusulas favoráveis a empresa nacional ou ao país acolhedor da tecnologia (principalmente em matéria de formação de recursos humanos, utilização de recursos locais, preservação do meio ambiente, etc.)².

Não obstante, sabe-se hoje que a simples intervenção do Estado como meio de limitar a realização da transferência de tecnologia não é a estratégia mais benéfica, já que gera atraso no desenvolvimento tecnológico e social para os países periféricos.

A transferência de tecnologia deriva de distintas necessidades para o desenvolvimento das atividades humanas (organização da sociedade civil) e empresariais. Assim, pode se dar em virtude do investimento estrangeiro, envolvendo a construção ou instalação de estabelecimentos e equipamentos industriais (tecnologia incorporada ao capital); venda de bens de capital ou bens intermediários (tecnologia incorporada ao capital); trabalho humano qualificado, incluindo a assistência técnica e a formação técnica (tecnologia incorporada ao conhecimento); informação,

¹ Hoje em dia, para além da competitividade das empresas, há que se falar na competitividade entre países. E já não mais se leva em consideração, tão somente, elementos como preço relativo e custos. Leva-se em consideração fatores mais amplos e heterogêneos, tais como qualidade das instituições governamentais, marco regulatório, eficácia dos mercados de produtos e serviços, capital humano e social, e, em especial, a inovação (MAS VERDÚ 2010).

² No sentido da dependência econômica dos países da periferia capitalista com relação aos países de economia central, ver: FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). **Direito empresarial**: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras. Curitiba: CRV, 2012. p. 10-31.

de natureza técnica e comercial, protegida pelos direitos da propriedade industrial, exemplo maior a patente, etc (SANTOS, 1984).

No Brasil, as garantias aos bens imateriais possuem, inclusive, proteção constitucional, como consta no artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo mostrar a incoerência que existe em justificar o sistema de patentes – especificamente as patentes de fármacos – como sendo o representante do interesse público, já que não existem estudos comparando seus resultados regulatórios com as outras formas de regulação que, teoricamente, também seriam capazes de alcançar o mesmo objetivo³.

Existindo mais de uma maneira de se alcançar determinado fim – resolver a falha de mercado que gera subinvestimento em P&D, que aumenta as chances de inovação bem-sucedida –, só se saberá qual delas melhor representa o interesse público se, no mínimo, forem comparadas entre si e a que obtiver o melhor resultado for a escolhida.

A primeira parte do texto abordará alguns conceitos sobre patentes e o que se entende por Teoria do Interesse Público e Teoria da Escolha Pública. A segunda parte delimitará o problema a ser resolvido pela regulação – concessão, pelo Estado, de direitos exclusivos de exploração de inovações por meio das patentes – e introduzirá uma metodologia de comparação entre possíveis formas de regulação para que o ente político alcance o melhor resultado. Por seu turno, a terceira parte enunciará as falhas nas justificativas tradicionais do sistema de patentes, que ignoram a competição entre patentes diferentes ao avaliar os resultados da regulação. Do todo, ter-se-ia como hipótese o entendimento de que as patentes de fármacos não poderiam ser justificadas pela Teoria do Interesse Público, mas poderiam ser explicadas pela Teoria da Escolha Pública.

A metodologia da pesquisa aplicada no presente artigo é a hipotético-dedutiva, uma vez que foram utilizados testes com o objetivo de corroborar a hipótese de que a Teoria do Interesse Público seria capaz de explicar porque existem patentes de fármacos. Como esses testes falharam, testou-se a hipótese de que a Teoria da Escolha Pública seria capaz de explicar porque existem patentes de fármacos. A conclusão é que esta última se manteve sólida, não sendo falhada.

³ Importa referir que os sistemas poderiam se enquadrar em categorias, dependendo de suas condições de comportamento, nos seguintes termos: i) constantemente estáveis, qualificados como aqueles estritamente rígidos, estando completos quando o resultado ou objetivo é cumprido; ii) periodicamente estáveis, se constituídos por ciclos que se repetem habitualmente; e, finalmente, iii) caóticos, quando a linearidade dos sistemas anteriores é substituída pela imprevisibilidade. O sistema jurídico, por mais que possa se pretender linear está mais assemelhado a um conjunto caótico, como mínimo complexo (PORTUGAL, 2017).

1. ESCOLHAS POLÍTICAS

1.1. Definição, efeitos esperados e justificativa para a existência de uma patente

A patente é uma tentativa jurídica de tornar escasso um bem naturalmente não escasso (PLANT, 1934). Essa escolha política, porém, não é auto evidente⁴. Caso não exista a escassez de um bem – caso ele seja abundante para além dos usos possíveis –, não há necessidade de que ele seja partilhado (HUME, 2013).

Por quê deve-se repartir bens que, caso não repartidos, não causarão transtornos (HUME, 2013)? Exatamente por serem abundantes, esses bens não gerarão conflitos entre pessoas com interesses diferentes. As regras de propriedade se fazem necessárias quando a natureza não proporciona todos os bens de forma abundante e, a partir do momento que eles são escassos, seus usos são – ou podem ser – conflitantes (HUME, 2013).

As patentes, por outro lado, diferentemente da propriedade privada comum, não são a consequência da escassez dos bens (PLANT, 1934). Enquanto a propriedade “tradicional” (bens materiais) *lida* com a escassez dos bens, a propriedade intelectual cria a escassez de bens naturalmente não-escassos.

Se a propriedade intelectual – como é o caso das patentes – cria o problema que a propriedade tradicional tenta resolver, deve haver uma justificativa para tanto. O efeito esperado de uma patente é que ela aumente o preço de um bem não-escasso. Havendo demanda para um determinado bem, seu preço será diretamente influenciado por sua oferta – sua escassez. O preço será uma função entre oferta e demanda. Caso o bem seja ilimitado e de fácil acesso, mesmo havendo elevada demanda, seu preço será zero. Porém, o aumento artificial do preço de um bem, por meio de uma legislação que cria uma escassez artificial, ainda não está justificada.

Aqui é onde os efeitos esperados – uma análise de prognose, que se pauta na previsão de fatos que podem acontecer no mundo real – se encontram com a justificativa política – o porquê de determinados efeitos/consequências devam ser alcançados. As patentes protegem ideias inovadoras que se transformam em produtos comercializáveis. Pressupõe-se que é de interesse de todos estimular a criação de novas ideias desse tipo. Mas há um receio de que, caso não haja uma proteção legal contra a cópia dessas ideias – uma *inefetividade* da escassez artificial criada pelo Direito na forma de uma patente – não existam incentivos para que se criem mais ideias desse tipo (LANDES; POSNER, 2003).

Por outro lado, quando da análise de um dado sistema patentário sob a ótica estrita do Direito Privado, em especial do Direito Empresarial, há que se qualificar tal sistema como um mecanismo de divulgação do conhecimento produzido. Assim, o sistema de patentes seria, sob tal ótica, procedimental, já que permitiria a divulgação do processo produtivo ou produto para toda a comunidade científica, gerando-se mais desenvolvimento econômico e social. Em consequência, a exclusividade deferida ao inventor, por uma única vez, nada mais seria do que um

⁴ Sobre a necessidade de um ferramental teórico para a tomada de decisões jurídicas, ver: CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: <<https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/49/39>>. Acesso em: 7 novembro, 2018.

ressarcimento ao investimento feito na invenção, permitindo-se, assim, a continuidade dos processos inventivos⁵.

A patente é um privilégio legal. Tal benefício (privilégio) será concedido ao inventor, permitindo-lhe fabricar, utilizar e/ou vender determinado bem ou processo, de forma exclusiva e por tempo determinado (GÓMEZ ABELLEIRA, 1999). Ou seja, é evidente, quando de sua concessão por um favor legal, sua temporalidade.

O tratamento dos direitos de propriedade industrial, no marco do Direito do comércio internacional, oscila entre sua configuração territorial e a globalização das relações comerciais. Essa última circunstância introduziu a necessidade de rentabilidade dos investimentos realizados por atores de P&D. Essas coordenadas se manifestam em diferentes momentos da regulamentação internacional dos direitos de propriedade industrial (JIMÉNEZ BLANCO, 1998).

Para o Tribunal de Justiça de Luxemburgo (TJUE), tal privilégio é justificável como uma concessão ao inventor de um direito exclusivo de comercialização/licenciamento do bem, permitindo, com o monopólio da exploração, a recompensa por seus esforços criativos (UNIÃO EUROPEIA, 1974). Tem como objetivo específico garantir ao titular de tal direito, de utilizar sua invenção com vistas a fabricação e comercialização de produtos industriais de forma exclusiva, durante prazo determinado⁶.

Contudo, importa salientar que o sistema de patentes não é feito com o objetivo único de gerar exclusividade ao inventor. A exclusividade, ainda que exista, é entendida somente como uma recompensa ao inventor pelo trabalho realizado. O sistema pretende, assim, a partir da justificativa ostensiva geralmente concedida⁷, contribuir para o desenvolvimento tecnológico e científico dos povos, já que os processos de invenção serão arquivados nos órgãos concedentes da patente e divulgados para a comunidade científica mundial.

1.2. A Teoria do Interesse Público

A teoria do Interesse Público pressupõe um sistema coletivista de organização econômica – em oposição a um sistema de mercado, que será explicado mais adiante (OGUS, 2004). Nesse tipo de sistema, o Estado assume como sua a tarefa de dirigir ou estimular certos tipos de comportamento que, em teoria, não ocorreriam de outra maneira, mas que seriam necessários para corrigir as deficiências do mercado (OGUS, 2004). A motivação dessa intervenção seria uma demanda da população para a correção de ineficiências ou de distribuição desigual por parte do

⁵ O monopólio gerado pelo sistema de patentes, em benefício do inventor, geraria um incremento dos preços dos produtos resultado do processo inventivo, incentivando a criação de novas ideias. Contudo, este monopólio deve ser limitado, controlado pelo próprio Estado, já que legal. Ademais, não pode ser eterno, já que perpetuaria os efeitos danosos à concorrência e ao bem-estar social. Veja-se, de entre muitos: STORDEUR, Eduardo. *Análisis económico del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 186 e ss.

⁶ Para aprofundar sobre o sistema de patentes no âmbito da UE, em especial o sistema de proteção unificado das mesmas, veja-se, de entre outros: BRUNS, Alexander. *Litigation on Intellectual Property in Europe – Basic Structures and Perspectives*, em: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, p. 255 e ss.

⁷ Interessante tema analisado por Andrea Fusaro, no âmbito da UE, no sentido de que, muitas das vezes, a autonomia da vontade gera uma intervenção privada nos contratos com efeitos públicos, já que as partes defenderiam não somente seus interesses na relação jurídica, mas também os interesses e vontade da coletividade, funcionando como uma verdadeira intervenção privada, com efeito público, na economia contratual. FUSARO, Andrea. *Autonomia privata ed intervento pubblico: gli interventi privati che svolgono funzioni pubbliche*, em: ALPA, Guido; DANNOVI, Remo. *Diritto Privato Europeo – fonti ed effetti*, Giuffrè editore, Milano, 2004, p. 283 e ss. No mesmo sentido, ver: GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. *Las patentes en el comercio internacional*. Madrid: Dykinson, 1997. p. 353 e ss.

mercado (POSNER, 1974). O Direito que implementa o sistema coletivista de organização econômica é chamado de “regulação” – *regulation* –, na doutrina anglo-saxã (OGUS, 2004), e que, para evitar confusões terminológicas, no Brasil, pode ser chamado de intervenção econômica do Estado.

A teoria do Interesse Público assume que os mercados econômicos são frágeis e desiguais e que a regulação pelo Estado praticamente não tem custos; perante cada intervenção do Estado existiria uma imperfeição do mercado – imperfeição essa que seria uma justificativa suficiente da própria intervenção (POSNER, 1974). Essa teoria assume que, quando os mercados não são capazes de se autorregular – quando há uma falha de mercado – e quando o Direito privado não é capaz de corrigir as falhas de mercado, é necessária a intervenção do Estado na forma de regulação (OGUS, 2004).

Porém, empiricamente, não existe uma correlação entre regulação e situações onde há falhas de mercado – como externalidades negativas⁸ ou tendências monopolísticas – e, ainda, os resultados de vários tipos de regulação não podem ser explicados como tendo aumentado a igualdade, riqueza ou justiça da sociedade (POSNER, 1974). Portanto, os resultados insatisfatórios da implementação da teoria não seriam consequências de uma falha na teoria em si, na capacidade do Estado em condicionar o comportamento de seus súditos para alcançar o bem da sociedade, mas sim, seriam consequências da inaptidão das pessoas e procedimentos que implementam a regulação (POSNER, 1974).

Essa afirmação de que os problemas da teoria são consequências do pessoal e dos procedimentos é questionável. Ela não considera o fato de que muitas legislações tidas como insatisfatórias são frequentemente desejadas por influentes grupos de interesses; que os burocratas que ocupam os cargos públicos não têm, em princípio, uma remuneração menor do que os trabalhadores da iniciativa privada – considerando o valor agregado em capital humano do burocrata, o fato de que ele receberá salários mais elevados na iniciativa privada como resultado de sua experiência acumulada – o que seria um parâmetro da eficiência do funcionário; e que aqueles que estão dentro de uma agência reguladora também têm incentivos para realizarem bem seu trabalho, se destacar e obter os subsequentes benefícios (POSNER, 1974).

Apesar das críticas à teoria do Interesse Público, não se pode descartar completamente sua validade, pois as outras teorias apresentadas não são capazes de explicar completamente o fenômeno da regulação.

1.3. A Teoria da Escolha Pública

A Teoria da Escolha Pública, em vez de assumir que o Estado terá suas atitudes pautadas no bem-estar geral da população e que fará o que puder para alcançar as preferências agregadas da população, assume que as pessoas buscam alcançar seus objetivos pessoais e o fazem de maneira racional (POSNER, 1974).

A teoria assume que o comportamento na arena política não é diferente daquele que ocorre no mercado, pois em ambos os casos os indivíduos agem para maximizar sua utilidade

⁸ As externalidades são consequências de atividades que se propagam afetando pessoas que não são parte da atividade. Quando tais consequências são custos, se denominam externalidades negativas. Quando são benefícios, se denominam externalidades positivas. Veja-se: SCHMIDTZ, David. El derecho de la propiedad, em: SPECTOR, Horacio. Elementos de análisis económico del derecho, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 27 e ss.

(OGUS, 2004)⁹. Ela não é um método, ou conjunto de ferramentas, mas uma perspectiva que surge da extrapolação dos métodos da economia aplicada à tomada de decisão do comportamento não-mercadológico (MCAUSLAN, 1988). Parte-se do pressuposto de que a livre escolha, o paradigma da troca, se aplica à política e ao processo político – retirando do escopo de sua análise aqueles comportamentos coercivos, não voluntários (MCAUSLAN, 1988).

Isso implica que, a partir do momento que se valora positivamente a troca livre e, negativamente, a troca onde há coerção, a estrutura da tomada de decisões políticas – onde se joga o jogo político – deve ser alterada para beneficiar a escolha livre; a teoria não propõe que se escolham agentes “moralmente superiores que usarão seus poderes” para alcançar o “interesse público” (MCAUSLAN, 1988).

A teoria da Escolha Pública realmente se completa quando se combina o paradigma da troca com uma percepção do agente político como *homo economicus* – onde os indivíduos que são representados em modelos formais buscam alcançar seu interesse próprio, aumentando sua riqueza. Agindo dessa maneira, não intencionalmente, podem aumentar o bem-estar social, caso o arcabouço legal e institucional propicie isso (MCAUSLAN, 1988).

Mas, de forma simétrica ao que ocorre no mercado, o jogo político também possui falhas político-governamentais, que devem ser evitadas e/ou corrigidas; como a possibilidade de certos partidos políticos tentarem impedir a alternância de poder, excluindo o voto ou uma extensão indevida de seus poderes (MCAUSLAN, 1988).

Por outro lado, é importante lembrar a diferença entre a tentativa descritiva da teoria da Escolha Pública e as consequências normativas de se aderir a ela. O primeiro passo seria o de se aceitar, ou não, que a teoria descreveria a realidade de forma útil. O segundo passo seria o de se basear em atitudes futuras nos postulados desta teoria. Este passo tem consequências normativas.

O objetivo buscado neste capítulo é testar se a teoria da Escolha Pública, ou do Interesse Público, explicariam, de forma satisfatória, a existência de legislações que implementam um sistema de patentes de fármacos.

2. A ESCOLHA DE UM DISCURSO E A JUSTIFICATIVA PARCIAL

Como visto até aqui, não se pode assumir que a regulação, por si só, deriva do interesse das autoridades em buscar o interesse público. Nem mesmo é claro o que é interesse público. Por outro lado, os diversos atores, cada um buscando o interesse próprio, são responsáveis pela regulação. São responsáveis por leis e atos normativos que buscam alterar o comportamento dos indivíduos, para que se alcance um fim específico¹⁰.

Outra coisa completamente diferente é encontrar a melhor forma de fazer isso. *Quem* elabora e implementa a regulação, e *porque* o faz, são questões diferentes de *como* o fazem. E isso abre duas portas interpretativas, sendo a segunda dependente da primeira: i) determinada regulação, apesar de sua justificativa ostensiva, alcança os resultados propostos? ii) determinada

⁹ Para um exemplo de política pública descrita a partir da Teoria da Escolha Pública, ver: SILVA, Vera Lucia da. **A influência da tecnocracia industrial-empresarial na identificação entre desenvolvimento econômico e industrialização na Política de Planejamento Nacional**. Disponível em: < <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/34/24>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

¹⁰ Interessante a análise, neste momento, da teoria de Carl Schmit, para quem, na intenção do Estado de justificar as distintas formas de progresso (desenvolvimento), acaba por justificar, pela atuação de grupos, de um novo progresso, o político. Veja-se, neste sentido: SCHMITT, Carl. *La revolución legal mundial*, Hydra Editorial, Buenos Aires, 2005, p. 61 e ss.

regulação, em vista de seus resultados, é coerente com o modelo que a justificou – interesse público ou escolha pública? Ou seja, caso a regulação se proponha como implementadora do interesse público, e analisando seus resultados, pode-se dizer que de fato implementa o interesse público e não o interesse de agentes individuais que buscam maximizar seu bem-estar¹¹?

2.1. Análise de Impacto Regulatório

Definir um objetivo político é um ato que independe da definição da forma de sua realização. Podem existir várias formas de se alcançar um mesmo objetivo e elas podem diferir enormemente em eficiência e efetividade.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – publicou, em 2008, um manual sobre a importância e a forma de realização de Análises de Impacto Regulatório – AIR (OCDE, 2008). A AIR é um “um processo de identificação e avaliação sistemáticas dos efeitos esperados de propostas regulatórias usando um método analítico consistente, como a análise de custo/benefício” (OCDE, 2008). Uma vez escolhidos os objetivos, é preciso identificar quais são as intervenções capazes de alcançar esses objetivos para que elas possam ser comparadas entre si, no que se refere a eficiência e efetividade (OCDE, 2008). Não basta uma análise da expectativa de ganho de uma intervenção do Estado contra uma situação de não-intervenção. A importância da AIR vem da comparação do desempenho de diferentes formas de se alcançar um mesmo objetivo. Não é porque uma determinada intervenção ajuda a resolver determinado problema que ela é a melhor forma de se fazer isso. A comparação é necessária para se escolher a melhor forma de intervir – ou não – e resolver o problema, assim como delimitar quais serão as pessoas realmente afetadas (OCDE, 2008).

A conclusão de uma análise prévia do problema, levando em consideração os custos das intervenções necessárias para se chegar ao fim esperado, pode ser a não-intervenção¹². A intervenção deve vir somente quando há uma expectativa de maximização do bem-estar social; a maximização deve levar em conta toda a sociedade, e não somente os grupos de interesse que se mobilizaram em favor ou contra à intervenção¹³.

¹¹ Até mesmo no campo jurisdicional poder-se-ia dizer de uma eventual influência da política para as decisões dos magistrados, que poderiam ser influenciados por distintos atores ou ambiente institucional. Para um aprofundamento sobre a matéria, veja-se: DWORKIN, Ronald. Una cuestión de principios, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012, p. 25 e ss. Por seu turno, para Carl Schmitt também já haveria uma Ciência Jurídica Normativa e uma Ciência Social explicativa, que influenciariam o juiz quando da tomada de sua decisão, ainda que afirmara o autor que correta seria a decisão fundamentada na lei posta. Veja-se: SCHMITT, Carl. Posiciones ante el derecho, Tecnos, Madrid, 2015, p. 16 e ss. A sua vez, Alexy entende que o Direito tem uma dupla natureza. Assim, teria tanto uma dimensão real ou fática, como uma dimensão ideal ou crítica. Os elementos fáticos estarão refletidos na lei e na eficácia social; já a dimensão ideal estará consubstanciada na moral. Quem entende o Direito somente como elemento fático, defenderá o positivismo. Por outro lado, aqueles que entendem o Direito também como elemento moral, o qualificará como elemento para além do positivismo. Veja-se, neste sentido: ALEXY, Robert. La doble naturaliza del derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2016, p. 25 e ss.

¹² Há que se falar, ainda, que os recursos do Estado serão sempre escassos. Assim, mesma que exista a intenção na intervenção sempre será feita análise do custo de efetividade do direito derivado da intervenção, e se o custo for maior que o benefício, ou se ocorrer a ausência do recurso por parte do Estado, então ocorreria a não intervenção. No sentido do custo da intervenção e da escassez de recursos disponíveis em favor do Estado, veja-se: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. El costo de los derechos, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, p. 116 e ss.

¹³ Importante verificar que, hoje em dia, o Estado, se entendido como a expressão do poder executivo (Governo), já não detém mais a exclusividade sobre a intervenção na economia. Assim, hoje haveria uma fragmentação sobre o controle da economia, que deixou de ser exclusiva do poder executivo e passou primeiro ao legislativo, depois ao judiciário para, finalmente, chegar aos grupos de interesses organizados da sociedade civil. Veja-se, neste sentido: CASSESE, Sabino. La crisis del Estado, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 67 e ss.

É importante notar que essa é uma afirmação valorativa. O relatório da OCDE pressupõe que a intervenção deve ser justificada com a melhoria do bem-estar social. O que difere sobremaneira da teoria da Escolha Pública. Essa teoria tenta explicar como o Estado de fato intervém na economia. Não é um juízo de valor de como o Estado deveria intervir. O objetivo da contraposição entre o tipo dessas proposições – proposições que tratam sobre fatos e proposições que tratam sobre juízos de valor – é permitir uma crítica politizada, mas empiricamente embasada, às formas de intervenção do Estado, e não às escolhas políticas que colocam determinadas questões como problemas a serem resolvidos.

2.2. Justificativas para a implementação de regulação

Existem pelo menos três boas razões que justificam a implementação de regulação: i) falhas de mercado; ii) objetivos sociais, como a equidade; iii) falhas de regulação (OCDE, 2008).

Para tratar do problema do presente artigo, somente será interessante aprofundar na primeira dessas razões. As falhas de mercado são situações em que o mercado, por si só, não consegue alocar os recursos com eficiência, como acontece quando existem externalidades – “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar das outras que não tomam parte da ação” (MANKIW, 2014).

A consequência disso é que o produtor e o consumidor não consideram esses custos na hora de produzir ou consumir um bem (OCDE, 2008). As pessoas afetadas por externalidades negativas não participam da transação, mas mesmo assim arcam com custos que deveriam ter sido confinados à transação. Caso as externalidades criassem um benefício aos terceiros em vez de custos, não seria necessária a intervenção do Estado – este poderia até mesmo estimular os comportamentos que têm como consequência externalidades positivas, como é o caso da educação, saúde, etc.

Porém, quando as externalidades são negativas – se configura uma incapacidade do mercado em absorver esses custos – o Estado pode intervir para tentar solucioná-las.

2.3. Falha de Mercado do Conhecimento

Como o conhecimento – que é gênero daqueles bens jurídicos que podem ser patenteados, sendo uma das espécies as ideias inovadoras de aplicação industrial que tiveram atividade inventiva¹⁴ – tem natureza econômica de bem público¹⁵, a empresa inovadora não consegue reaver todos seus investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) o que geraria uma falha de mercado que poderia fazer com que as empresas investissem em um nível abaixo do socialmente ótimo (PRUD'HOMME, 2016).

Ou seja, o empresário racional, segundo essa explicação, tenderá a investir menos de seu dinheiro em P&D buscando obter uma inovação comercializável, pois não lhe serão garantidos

¹⁴ Para uma análise da tecnologia incorporada ao conhecimento, veja-se, de entre muitos: FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 448-462.

¹⁵ O bem público não é nem rival nem exclusivo. Não ser rival significa dizer que o uso de um bem por uma pessoa não reduz a possibilidade de outra usá-lo. Ser não-exclusivo significa que as pessoas não podem ser impedidas de usá-los. MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Microeconomia*. 6.ed. São Paulo: Cenage Learning, 2014, p. 204.

os frutos da comercialização dessa inovação. Os concorrentes, que também são racionais, simplesmente copiarão a inovação sem arcar com os custos de pesquisa e desenvolvimento, que geralmente são extremamente elevados.

Com o fim exclusivo de estimular a inovação, a maioria dos países criou direitos de exclusão sobre determinados tipos de bens imateriais. A intenção é simular a escassez desses bens que naturalmente não são escassos para que o inventor obtenha um retorno financeiro capaz de estimular inovações futuras. A propriedade funciona, então, não como um fim por si só, mas como meio de se alcançar determinado objetivo (ARAÚJO, 2008, p. 201).

Por outro lado, não podemos perder de vista a dimensão política dos problemas da propriedade intelectual [...]. Se levarmos em conta essa dimensão política e ponderarmos os objetivos tradicionalmente assinalados às principais formas de proteção da propriedade intelectual, concluiremos sem dificuldade que **se trata de um regime que deve muito mais a ideia de subsídio público do que à ideia de poder exclusivo *in rem***: com efeito, trata-se claramente de um expediente para lidar com um tipo peculiar de bens públicos, procurando evitar que as respectivas características estruturais destruam as possibilidades da sua produção espontânea a níveis socialmente eficientes – e esse expediente consiste basicamente na atribuição de monopólios temporários, susceptíveis de gerarem ‘quase-rendas’ que se tenham por remuneradoras da inovação e do investimento, ainda que se saiba, numa ponderação global, que isso é alcançado à custa da livre circulação de recursos e da livre concorrência por esses recursos. (grifo nosso)

Ou seja, a justificativa para a existência da propriedade intelectual, tradicionalmente, tanto na literatura econômica como na jurídica clássica (HETTINGER, 1989), poderia ser explicada pela Teoria do Interesse Público: uma falha de mercado pede que o Estado preserve o interesse de seus súditos por meio de uma intervenção na economia. O interesse público clamaria para que o Estado resolvesse aquilo que a sociedade civil não conseguiria, por si só, solucionar. A próxima parte do presente artigo mostrará como essa última afirmação é contra fática.

3. REALIDADE ECONÔMICA EMPÍRICA DAS PATENTES DE FÁRMACOS

Do até aqui analisado, seria razoável acreditar que a teoria do Interesse Público explicaria os motivos das regulações que implementam sistemas patentários. Ou seja, a *proprietização* de um bem imaterial – que é uma troca entre acesso e inovação – seria uma resposta regulatória à falha de mercado que ocorre como consequência da natureza de bem público do conhecimento. O Estado, sabendo o que é melhor para a sociedade, resolve esse problema, dando direitos de exploração exclusivos sobre bens que não são rivais.

O problema desse argumento é que uma prova empírica, constatando que as patentes não fazem aquilo que elas deveriam fazer – ou não são a melhor forma de se chegar a esse fim –, muda a teoria que melhor explica a regulação, que melhor explica o sistema de patentes. Ou seja, patentes não existiriam para resolver uma falha de mercado. Não existiriam para beneficiar os súditos e aumentar o bem-estar geral da população. Elas seriam consequência dos interesses pessoais de determinados grupos. E é isto o que a segunda parte do presente artigo tenta mostrar.

3.1. Os efeitos duplos da regulação das patentes

A patente funciona como um muro, uma cerca jurídica de uma ideia. Cria fronteiras que delimitam a abrangência dos poderes de exclusão de seu detentor. Continuando a metáfora, pode-

se dizer que a proteção da patente é ser exercida verticalmente. Tudo que se encontra dentro dos limites da patente pode ser reivindicado por seu detentor. Porém, a patente de um titular não protege o que foi murado ou cercado pelo vizinho. Ela não toca o “terreno do lado” – uma patente válida não afeta outra patente válida, em teoria. Outra patente significa outra ideia inovadora, que passou pelo respectivo processo legal.

Essa metáfora é útil para entender os dois tipos de concorrência que uma patente sofre. Ela compete verticalmente, no que se chama de competição intra-patente – *within-patent competition* – e compete horizontalmente, no que se chama de competição entre-patentes – *between-patent competition* (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

3.1.1. Competição intra-patentes

A abordagem analítica tradicional avalia a propriedade intelectual como forma de correção da falha de mercado. Ela avalia os efeitos regulatórios das patentes usando como variáveis o comportamento dos imitadores em potencial da patente, os imitadores do mesmo produto patenteado. O foco desse tipo de análise é a patente como forma de redução da imitação do produto patenteado (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002). Esse tipo de competição, na indústria farmacêutica, é medido comparando-se o medicamento de referência – que primeiro obteve a patente e arcou com os custos fixos¹⁶ – e o medicamento genérico (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002) – que é uma cópia do medicamento de referência e não precisa arcar com a maioria dos custos fixos incorridos pelo medicamento inovador, de referência.

Dentre as opções de regulação possíveis para estimular P&D, a patente é só uma delas – um tipo específico de intervenção que pretende alcançar um determinado fim. Para alcançar esse estímulo, poder-se-ia: i) reduzir o custo privado marginal de P&D, como é o caso dos incentivos fiscais; ii) aumentar a probabilidade marginal de sucesso da pesquisa, como é o caso de pesquisas públicas que complementam a pesquisa privada; iii) aumentar o lucro *ex post* da inovação, como é o caso da propriedade intelectual, que cria barreiras intra-patentes à competição – aumentando o tempo ou abrangência da patente (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002). Essas três formas de regulação aumentam os gastos com P&D.

Por todo o dito é que o sistema patentário, gerando propriedade sobre bens imateriais, não pode ser análogo à propriedade de bens materiais. É por isso que a patente tem que ser explicada e justificada. Como já foi dito, a patente não é uma forma de se lidar com a escassez natural dos bens. É uma escolha política, dentre outras, para estimular a P&D e tentar corrigir uma falha de mercado. E, numa sociedade contemporânea, é difícil imaginar a utilidade desse tipo de regulação, caso ela não seja corroborada por evidências empíricas.

3.1.2. Competição entre patentes

A competição vertical, dentro de um sistema patentário, é só uma forma de destruição do investimento em P&D. A outra forma de destruição do retorno do investimento em P&D é a competição entre patentes. É o resultado da criação de um novo produto, patenteado, que é melhor do que o anterior (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

¹⁶ São os custos que não variam com a produção; mesmo que o empresário, por exemplo, não produza nada, deve arcar com eles (MANKIW, 2014). No caso do desenvolvimento de medicamentos, esses custos podem ser vários. A própria pesquisa e desenvolvimento, os testes laboratoriais, o registro no órgão regulador, etc.

A competição intra-patentes no caso dos medicamentos se dá basicamente com os medicamentos genéricos, enquanto a competição entre patentes acontece entre os medicamentos de referência; as empresas criam diferentes medicamentos para tratar da mesma doença, o que é chamado de competição terapêutica (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

Em ramos de tecnologia de ponta, a competição entre patentes é especialmente importante, pois a demanda por uma determinada invenção pode gerar, como consequência, a criação de um produto melhor, independentemente da validade da patente do produto pioneiro; isso é extremamente importante para as indústrias de biotecnologia e farmacêutica (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

Os fármacos não são criados como um bem por si só. Os medicamentos têm como objetivo tratar determinadas doenças, condições. Eles têm um fim terapêutico específico – obviamente podendo ser aplicado para tratar mais de uma doença. Quando uma patente de fármaco é registrada, ela protege o medicamento em si de competir com cópias dele mesmo. Protege o princípio ativo, forma de dispersão, etc. A proteção é dada para o medicamento, não para sua aplicação. Se um medicamento tem como objetivo tratar o câncer de pele, nada impede que o concorrente invente uma nova droga que trate esse câncer de forma mais eficaz, com menos efeitos colaterais, ou a um menor custo, por exemplo. Nesses casos, a patente não tem utilidade para garantir os retornos dos investimentos em P&D.

Isso significa que, mesmo antes do término do prazo da patente, o medicamento sofre competição através da criação destrutiva (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002). A criação e consumo de novos produtos, métodos de produção ou transporte, novos mercados, novas formas de organização industrial, são os elementos fundamentais do capitalismo; novas criações revolucionam seus mercados num “processo de mutação industrial [...], que incessantemente revoluciona a estrutura econômica pelo lado de dentro, incessantemente destruindo o [processo industrial] antigo, incessantemente criando um novo. Esse processo de criação destrutiva é o fato essencial sobre o capitalismo” (SCHUMPETER, 2003, p. 83).

Qualquer regulação que pretenda estimular os investimentos em P&D se utilizando de patentes deve levar em consideração não só a competição vertical – intra-patente – como também a competição horizontal – entre patentes, caso ela pretenda se justificar como uma manifestação do interesse público. Uma determinada intervenção do Estado pode se mostrar muito efetiva em reduzir a cópia de um medicamento e, ao mesmo tempo, altamente *inefetiva* no que concerne à competição entre patentes (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

Caso a regulação não leve em conta os dois tipos de competição, é possível que o estímulo ao investimento não seja compensado. Uma exclusividade mais duradoura – aumento da proteção da concorrência intra-patentes – será mais interessante para que outras pessoas invistam para competir com o mesmo produto, mas sob a proteção de outra patente – a competição terapêutica entre patentes, no caso dos fármacos (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002). Com a criação e registro de um novo medicamento com a mesma aplicação terapêutica que seja melhor do que o anterior – uma criação destrutiva – os ganhos exclusivos garantidos pela patente do primeiro empresário serão corroídos, assim como a sua expectativa de retorno dos investimentos em P&D (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002).

3.2. Resultados empíricos

A indústria farmacêutica, por ser extremamente regulada e uma das maiores investidoras em inovação, proporciona um solo fértil para a pesquisa empírica sobre os efeitos das patentes

como estímulos para a P&D. O presente estudo se baseou em uma extensa pesquisa que avaliou os efeitos teóricos e empíricos das competições *intra* e *entre* patentes no investimento das empresas de fármacos em P&D. Não seria interessante aqui, por uma limitação de tema e espaço, reproduzir os caminhos metodológicos dessa pesquisa, mas apenas utilizar suas conclusões¹⁷.

O estudo de Frank Lichtenberg e Tomas Philipson (2002) mostrou que, no mínimo, a competição terapêutica *entre patentes* é tão relevante quanto a competição *intra-patentes*. Novos medicamentos corroem a expectativa de retorno com a inovação tanto quanto a entrada de medicamentos genéricos, porém, a competição *entre patentes* ocorre antes mesmo da queda da patente, o que não ocorre na competição *intra-patentes* (LICHTENBERG; PHILIPSON, 2002). Isso significa que a patente, mesmo sem concorrência desleal, não funciona da forma que deveria funcionar para ser coerente com sua justificativa ostensiva – para ser algo mais que um simulacro de direito de propriedade e realmente estimular a inovação.

Essas afirmações são corroboradas em outros estudos, que minimizam a relevância da escassez juridicamente imposta, frente a possibilidade de acesso a conhecimento útil.

3.3. Da falta de evidência da necessidade de um sistema patentário

Uma patente não é a única forma de tentar proteger os investimentos incorridos na criação de ideias. Partindo dessa premissa, a sua utilização deve ser justificada em um contexto de implementação de uma política pública. Devem existir fatos que corroborem com a hipótese de que, dentro do *pool* de formas jurídicas disponíveis pelo legislador, a patente é a melhor delas.

Foi exatamente isso que a National Research Council (2004) não conseguiu fazer. O estudo pretendia avaliar se o crescimento da competitividade da indústria americana dos anos 1980 continuou nos anos 1990. O estudo conclui (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2004) que os anos 90 foram uma década ainda mais dinâmica, mas não consegue correlacionar esse dinamismo à utilização do sistema patentário.

Mesmo as patentes sendo extremamente utilizadas nessa década, não havia estudos suficientes para corroborar uma forte correlação - ou mesmo causalidade - entre a utilização desse sistema e o dinamismo da indústria americana. Os fatores descritos como sendo os responsáveis por esse crescimento foram consequência de uma série de estratégias de negócios da iniciativa privada, como a especialização da produção, redução de custos, melhorias nos processos de produção, assim como uma série de políticas macro e microeconômicas, como a redução do déficit público, políticas monetárias conservadoras, políticas de financiamento e uma flexibilização das políticas antitruste (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2004). Outras formas privadas de controle do comportamento podem ser responsáveis pelo dinamismo dos anos 90. A utilização de contratos para a proteção de segredos industriais, proibição de engenharia reversa e não-competição também estava incluída nesse contexto de fertilidade econômica (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2004).

A conclusão de que a propriedade intelectual, por si só, não poderia receber o crédito por ter participado nesse novo boom econômico é consequência direta da inexistência de estudos que avaliaram essa correlação. Mas, mesmo assim, o sistema patentário americano continuou dinâmico de um ponto de vista legislativo, sendo objeto de várias reformas estruturais (NATIONAL

¹⁷ Caso o leitor tenha interesse sobre como a pesquisa foi feita, poderá consulta-la em: LICHTENBERG, Frank R; PHILIPSON, Tomas J. **The Dual Effects of Intellectual Property Regulations: Within- and Between-Patent Competition in The US Pharmaceuticals Industry.** Disponível em: <<https://www.chicagobooth.edu/assests/stigler/178.pdf>>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

RESEARCH COUNCIL, 2004). Não só isso, o número de patentes registradas e o número de execuções (*enforcements*) de patentes contra infringentes só tem aumentado (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, 2004).

Ou seja, as políticas públicas patentárias eram feitas no escuro, num vácuo de informação e referência para com a realidade dos fatos. Contudo, mesmo assim, o sistema patentário recebia forte atenção legislativa.

Isso nos leva a corroborar a hipótese de que não é o interesse público a teoria que melhor explica a existência de um sistema de patentes. Mas, sim, a escolha pública, que sofre influências e pressões determinadas.

3.4. O argumento contra as patentes

Não só aparentemente existe uma tendência a justificar o sistema patentário sem evidências que suportem a sua superioridade em relação ao seu custo de oportunidade, como existem evidências de que os direitos exclusivos gerados pelas patentes podem criar muitos problemas por si só.

Se esse for o caso, o sistema patentário não é consistente com a justificativa ostensiva de que ele existe para solucionar falhas de mercado que, sem a intervenção do Estado, não seriam solucionadas.

A evidência empírica sugere que as indústrias só buscam proteção legal para as inovações uma vez que elas exaurem seu potencial de crescimento, não no momento mais inovador, de crescimento rápido das inovações que geram novas indústrias (BOLDRIN; LEVINE, 2012).

Não só isso, a evidência também aponta que um sistema de patentes *fraco* pode aumentar marginalmente o ritmo da inovação, com efeitos colaterais limitados, enquanto um sistema de patentes *forte* pode retardar a inovação com muitos efeitos colaterais (BOLDRIN; LEVINE, 2012).

De forma contra intuitiva à Teoria do Interesse Público, mas de maneira completamente coerente com a Teoria da Escolha Pública, existe uma tendência à evolução da legislação para uma maior rigidez e proteção do sistema de patentes na medida em que as indústrias envelhecem e estagnam – sendo que essa demanda por leis mais rígidas não surge das firmas jovens e inovadoras (BOLDRIN; LEVINE, 2012).

Na experiência americana, nos 60 anos de existência de um sistema patentário forte e dinâmico, a expectativa, pressupondo uma justificação político-jurídica a partir da Teoria do Interesse Público, seria um robusto corpo de evidências corroborando a eficácia de um sistema patentário, levando em conta, inclusive, o custo de oportunidade. Contudo, não é isso o que se observa.

No cenário americano desses últimos 60 anos, teria havido um aumento no número de patentes concedidas, mas sem o correspondente aumento em produtividade ou inovações úteis (BOLDRIN; LEVINE, 2012). O mesmo aumento no número de patentes também não corresponde a um aumento no investimento em P&D, ao mesmo tempo que houve um grande aumento no gasto legal discutindo a validade das patentes ou sua infração, sendo que a maior parte das patentes existentes não está em uso e são usadas por empresas que estão “morrendo”, para processar outras empresas que de fato estão inovando (BOLDRIN; LEVINE, 2012).

CONCLUSÃO

Como visto acima, não faz sentido justificar a exclusão do acesso a um bem imaterial, afirmando que o objetivo dessa medida seria o bem da coletividade, se não se comparam as opções, como sugere a OCDE, por meio de uma Análise de Impacto Regulatório. Tomando como correto o resultado dos estudos apresentados, a regulação de bens imateriais, com o intuito de estimular a inovação, não pode ser feita sem a comparação das opções de políticas públicas rivais, que têm o potencial de alcançar o mesmo objetivo pretendido.

Uma vez delimitado qual o problema a ser resolvido – o sub investimento em P&D, para gerar inovação –, e o que a patente é – uma tentativa jurídica de criar a escassez artificial de um bem naturalmente não escasso –, é preciso identificar e comparar as outras formas de se alcançar a resolução do problema para escolher a melhor entre elas – que talvez possa ser: *não fazer nada*. Esse processo é o que justificará a escolha regulatória, uma escolha essencialmente política.

Porém, se a escolha for incoerente com esse processo, não se pode dizer, com certeza, que sua intenção foi elevar o bem-estar social. A premissa necessária para se chegar a essa conclusão – e de difícil refutação – é que a comparação entre diferentes formas de regulação é a melhor forma de avaliar qual será a mais bem-sucedida para resolver o problema. E a que melhor resolver o problema será, pelo menos em teoria, a que mais elevará o bem-estar social.

Se a regulação foi escolhida sem esse processo, ela não pode ser justificada como a que mais elevará o bem-estar social. Se o regulador, tendo os meios disponíveis, não consegue provar que a sua política pública elevará o bem-estar social, a Teoria do Interesse Público não é capaz de explicar o surgimento e manutenção dessa política – que, no caso, seria o sistema de patentes. O sistema de patentes não existiria para corrigir uma falha de mercado, visando o interesse da coletividade. Ele não pode ser justificado como visando esse fim – pelo menos não de forma coerente. Mas ele pode ser explicado pela Teoria da Escolha Pública. Por interesses de determinados grupos, a legislação existe. A não ser que se admita que a legislação possa surgir de forma espontânea, sem motivações políticas de determinados agentes, a Teoria da Escolha Pública é a que melhor responde à pergunta sobre as origens da existência de um dado sistema de patentes.

Com isso, o intuito deste trabalho é meramente desconstruir o argumento, muito popular na literatura especializada, de que as patentes de fármacos existem para resolver uma falha de mercado. Se isso acontece de fato ou não, a justificativa não pode ser a Teoria do Interesse Público. O que motivaria essa legislação, e é essa a hipótese do presente estudo, são interesses de grupos específicos que pretendem obter benefícios – mas sem que essa afirmação conote algum tipo de ilegalidade ou imoralidade. Essa parece ser a melhor explicação teórica, por uma simples questão de coerência interna entre elas e os fatos.

Caso a regulação das patentes passe a ser sensível às formas de justificação exigidas pela OCDE, por exemplo, o resultado do presente estudo poderá ser alterado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **La doble naturaleza del derecho**, Editorial Trotta, Madrid, 2016.
- ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O problema do Nível Ótimo de Apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008.
- BOLDRIN, Michele; LEVINE, David K. **The Case Against Patents**, 2012. Disponível em: <https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/wp/2012/2012-035.pdf>. Acesso em 10 de nov de 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRUNS, Alexander. Litigation on Intellectual Property in Europe – Basic Structures and Perspectives, em: STURNER, Rolf; KAWANO, Masanori. **Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public**, Mohr Siebeck, Tubingen, 2011.

CAMINHA, Uinie; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Direito e Economia, Responsabilidade Civil Contemporânea e Desenvolvimento Econômico. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 33-47, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/49/39>. Acesso em: 7 novembro, 2018.

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Una cuestión de principios**, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012.

EUROPEAN UNION. Court of Justice. **Merck & Co. Inc. vs Stepfar BV; Petrus Stephanus Exler**. Reference for a preliminary ruling: Arrondissementsrechtbank Rotterdam - Netherlands. - Patents - Pharmaceutical products. Case 187/80. Sentence, ¹⁴ July 1981. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:61980CJ0187&from=FR>.

FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional. In: FERRAZ, Daniel Amin (Org.). **Direito empresarial: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras**. Curitiba: CRV, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. Da qualificação jurídica das distintas formas de prestação tecnológica: breve análise do marco regulatório internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

FUSARO, Andrea. Autonomia privata ed intervento pubblico: gli interventi privati che svolgono funzioni pubbliche, em: ALPA, Guido; DANОВI, Remo. **Diritto Privato Europeo – fonti ed effetti**, Giuffrè editore, Milano, 2004.

GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. **Las patentes en el comercio internacional**. Madrid: Dykinson, 1997.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. **Litigios entre empresario y trabajador sobre patentes, secretos industriales y derechos de autor en los Estados Unidos**. Santiago de Compostela: Universidade da Coruña, 1999.

HETTINGER, Edwin C. **Justifying Intellectual Property**, 1989. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265190>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011.

HUME, David: **Uma Investigação Sobre os Princípios da Moral**. Campinas: Editora Unicamp, 2013.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. **El derecho aplicable a la protección internacional de las patentes**. Granada: Comares, 1998.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

LICHTENBERG, Frank R; PHILIPSON, Tomas J. **The Dual Effects of Intellectual Property Regulations: Within- and Between-Patent Competition in The US Pharmaceuticals Industry**, 2002. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/assests/stigler/178.pdf>. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 6.ed. São Paulo: Cenage Learning, 2014.

MAS VERDÚ, Francisco. Competitividad Internacional e Innovación, em: DOMÈNECH i DE SORIA, Josep. **Economía Mundial**, Tirant lo Blanch, València, 2010.

MCAUSLAN, Patrick. **Public Law And Public Choice**, 1988. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1988.tb01781.x/epdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL. **A Patent System for the 21st Century**, 2004. The National Academies Press, Washington, DC. Disponível em: <https://www.nap.edu/read/10976/chapter/4#19>. Acesso em 10 de nov de 2018.

OCDE. **Introductory Handbook for Undertaking Regulatory Impact Analysis**, 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/44789472.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.

OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Portland: Hart Publishing, 2004.

PLANT, Arnold: **The Economic Theory Concerning Patents of Inventions**, 1934. Disponível em: <http://emilkirkegaard.dk/en/wp-content/uploads/The-Economic-Theory-Concerning-Patents-for-Inventions.pdf> Acesso em: 7 novembro, 2016.

PORTUGAL, André. **Decisão judicial e racionalidade: crítica a Ronald Dworkin**, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2017.

POSNER, Richard A. **Theories of Economic Regulation**. 1974. Disponível em: <http://www.thecre.com/oira/wp-content/uploads/2016/03/Posner.pdf>. Acesso em: 12 de novembro de 2016.

PRUD'HOMME, Dan. IP-Conditioned Government Incentives in China and the EU: A Comparative Analysis of Strategies and Impacts on Patent Quality in PRUD'HOMME, Dan; SONG, Hefa. **Economic Impacts of Intellectual Property-Conditioned Government Incentives**, 2016. Disponível em: <http://link.springer.com/book/10.1007%2F978-981-10-1119-1>. Acesso em: 23 de novembro de 2016.

SANTOS, António Marques dos. **Transferência internacional de tecnologia, economia e direito: alguns problemas gerais**. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1984. (Cadernos de Ciência e Técnica de Fiscal, 132).

SCHIMITT, Carl. **La revolución legal mundial**, Hydra Editorial, Buenos Aires, 2005.

SCHIMITT, Carl. **Posiciones ante el derecho**, Tecnos, Madrid, 2015.

SCHMIDTZ, David. El derecho de la propiedad. In: SPECTOR, Horacio. **Elementos de análisis económico del derecho**, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Londres: Taylor & Francis, 2003.

SILVA, Vera Lucia da. A influência da tecnocracia industrial-empresarial na identificação entre desenvolvimento econômico e industrialização na Política de Planejamento Nacional. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 61-85, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/34/24>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

STORDEUR, Eduardo. **Análisis económico del Derecho**, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Centrafarm BV; Adriaan de Peijper vs. Sterling Drug Inc.** Caso 15/74. Setença, 31 de outubro de 1974. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0015&from=FR>.

Recebido em: 14 set. 2018.

Aceito em: 29 mar. 2019.

LAQUEADURA COMPULSÓRIA: ANÁLISE DA TRANSDISCIPLINARIDADE DO “CASO JANAÍNA” A PARTIR DO ESTUDO ETNOGRÁFICO REALIZADO POR PAULA MIRÁGLIA

Fabício Veiga Costa

Universidade de Itaúna – UIT, Minas Gerais

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz Mares

Universidade de Itaúna – UIT, Minas Gerais

RESUMO: Constitui objeto da presente pesquisa estudar o “caso Janaína”, decidido pelo Judiciário do Estado de São Paulo, que em primeiro grau de jurisdição determinou a laqueadura compulsória de uma mulher moradora de rua e em condição de vulnerabilidade. Após a efetivação da medida foi dado provimento ao recurso proposto contra a referida decisão. A pergunta problema proposta foi a seguinte: permitiu-se a construção dialógica, multidimensional e transdisciplinar do provimento final de mérito, especificamente por se tratar de lide envolvendo pessoa em situação de vulnerabilidade? Por meio de estudos etnográficos realizados a partir da obra de Paula Mirágliã, verificou-se que no presente caso o magistrado e o representante do Ministério Público, em primeiro grau de jurisdição, decidiram o mérito da pretensão baseado em argumentos jurídicos estritamente técnicos, pautados em juízos apriorísticos, hipotéticos e num modelo de jurisdição autocrática, fundada no protagonismo judicial. Não foi assegurado o direito de Janaína participar efetivamente da construção do mérito processual, assumindo o papel de mera coadjuvante, pois o laudo técnico-psicológico foi produzido apenas para justificar pressupostamente a decisão autocrática tomada em primeiro grau de jurisdição. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises temáticas, teóricas, interpretativas e críticas, concluiu-se que o olhar transdisciplinar dos pontos controversos da demanda garante a formação democrática e participada do mérito, bem como a proteção dos direitos fundamentais de pessoas em situação de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Laqueadura compulsória. Etnografia. Transdisciplinaridade. Dignidade da mulher.

Compulsory Ligation: analysis of the transdisciplinarity of the "Janaína Case" from the ethnographic study conducted by Paula Mirágliã

ABSTRACT: It is the object of this study to study the "Janaína case", decided by the Judiciary of the State of São Paulo, which in the first degree of jurisdiction determined the compulsory sterilization of a woman living in the street and in a condition of vulnerability. After the measure was implemented, the appeal against the decision was approved. The problem question proposed was the following: was it possible to construct dialogically, multidimensional and transdisciplinary of the final provision of merit, specifically because it is a question of involving a person in a situation of vulnerability? Through ethnographic studies carried out from the work of Paula Mirágliã, it was verified that in the present case the magistrate and the representative of the Public Prosecution Service, in the first degree of jurisdiction, decided the merit of the claim based on strictly technical legal arguments, based on a priori, hypothetical judgments and in a model of autocratic jurisdiction, founded on judicial protagonism. Janaína's right to participate

effectively in the construction of the procedural merit was not assured, assuming the role of mere adjutant, since the technical-psychological report was produced only to justify presumptively the autocratic decision taken in the first degree of jurisdiction. Through the bibliographical and documentary research, thematic, theoretical, interpretative and critical analyzes, it was concluded that the transdisciplinary view of the controversial points of the demand guarantees the democratic and participative formation of the merit, as well as the protection of the fundamental rights of people in situations of vulnerability.

KEYWORDS: Compulsive lacquering. Ethnography. Transdisciplinarity. Dignity of woman.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral uma análise, sob perspectiva etnográfica trabalhada pela obra de Paula Miraglia, do emblemático “caso Janaína”, conhecido como aquele que resultou na determinação judicial de laqueadura compulsória, a qual fora revista posteriormente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, todavia, após a realização do procedimento cirúrgico.

Pretende-se demonstrar a necessidade do auxílio da transdisciplinaridade para conferir democraticidade às decisões judiciais, mormente em se considerando a complexidade da realidade multidimensional existente, em particular, na situação das pessoas vulneráveis, o que é diuturnamente enfrentada pelo Judiciário.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se a necessidade de adequação do Poder Judiciário à complexidade que lhe é apresentada e a sua impossibilidade de, na pessoa do juiz, conhecer e avaliar uma infinidade de temas, os quais, muitas vezes extrapolam os aspectos jurídicos. O diálogo transdisciplinar viabiliza a compreensão sistemática da pretensão, garante aos interessados a possibilidade de serem coautores do provimento final e relativiza o protagonismo judicial, caracterizado, muitas vezes, pela discricionariedade do julgador.

Por essas razões, esclarecer-se-á ao longo do debate proposto, a necessidade de abertura do Judiciário para o auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento, não de forma retórica ou esporádica, mas como prática que viabilize uma construção democrática e participada dos afetados pela decisão judicial. O processo é visto como um espaço de falas trazidas por sujeitos atingidos direta ou indiretamente pelos efeitos da decisão, fundamento regente da legitimidade democrática do seu conteúdo decisório.

Nesse viés, será apresentada a transdisciplinaridade como possibilidade de construção da racionalidade democrática, bem como de instrumento legitimador das decisões, na medida em que além de promover uma expansão do conhecimento de forma contextualizada, permitirá uma comunicação dialógica entre os sujeitos processuais, fortalecendo os ideais do Estado Democrático de Direito. No decorrer do trabalho pretende-se levantar aporias e problematizar o debate do tema na perspectiva crítico-epistemológica, evidenciando a existência da porosidade da proposta apresentada, de modo a estimular outros debates e reflexões.

A princípio, serão apresentadas as digressões históricas acerca dos direitos humanos, em especial, os principais instrumentos de proteção à mulher. Na seqüência, será realizada uma análise dos autos do processo nº 1001521-57.2017.8.26.0360, por meio de pesquisa documental, em especial, da decisão de 1ª instância proferida no já mencionado “caso Janaína”, a partir dos estudos etnográficos de Paula Miraglia.

Analisar-se-á, por fim, a importância da necessidade de abertura do Judiciário às demais áreas do conhecimento científico, considerando a complexidade de uma realidade multidimensional, destacadamente nos casos em que os envolvidos estejam em situação de vulnerabilidade e não disponham de profissionais que possam trazer fundamentos aos seus argumentos. A dialogicidade construída no espaço processual deve permitir que seus interlocutores tragam aos autos não apenas elementos técnico-jurídicos. O entendimento multidimensional das peculiaridades do caso concreto, além de enriquecer a análise do caso concreto, permite que o julgador conheça as entrelinhas da pretensão deduzida, evitando-se decisões desconexas do contexto social, político e econômico em que se encontram inseridos os protagonistas do conflito.

Foi nesse contexto propositivo que se delimitou o objeto da pesquisa: o Judiciário brasileiro, especificamente no caso “Janaína”, permitiu a construção dialógica, multidimensional e transdisciplinar do provimento final de mérito, especialmente por se tratar de conflito de interesses de pessoas em estado de vulnerabilidade?

Através da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível problematizar o debate teórico da temática proposta, ultrapassando-se a abordagem dogmática até então construída para, assim, apresentar uma leitura crítica e etnográfica das decisões judiciais referentes ao caso “Janaína”, especificamente sob o prisma de pessoas em situação de vulnerabilidade. A escolha do raciocínio indutivo viabilizou a delimitação do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção microanalítica focada na abordagem pontual do “caso Janaína”, para uma análise macro-crítico-multidisciplinar da atuação do Judiciário no referido caso, problematizando o estudo pontualmente em relação ao tratamento jurisdicional oferecido à jurisdicionada, recortando-se a análise a partir de abordagens etnográficas.

1. BREVES NOTAS SOBRE A PROTEÇÃO NORMATIVA DAS MULHERES

O estudo da temática proposta, vista sob a ótica dos direitos humanos das mulheres, é de fundamental importância para viabilizar a compreensão sistemática do objeto pesquisado. Os direitos humanos, assim compreendidos como aquela categoria de direitos originários dos direitos dos homens, mas que deles se distinguem em razão de sua normatização no cenário internacional são ou pretendem ser a base ideológica e valorativa fundante das legislações internas de cada Estado, sem limitação geográfica ou de qualquer outra ordem.

Historicamente, a partir da perspectiva eurocêntrica predominante, os direitos humanos tomaram os contornos hoje conhecidos a partir da segunda metade do século XX, no cenário de pós-guerra, momento em que se fazia premente e urgente a estipulação de direitos e garantias aos indivíduos em detrimento de atos de barbáries praticados de forma indigna pelos Estados. O marco consolidador dos direitos, considerados inerentes à pessoa humana, foi a instituição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual, positivou os direitos civis e políticos de maneira universal.

A partir do reconhecimento da necessidade de se preservar e garantir os direitos humanos a todos os indivíduos e, diante da irrefutável e malgrado realidade de segregação das mulheres, que eram desprestigiadas e, por vezes, até consideradas e classificadas com inferioridade, fortaleceram-se os movimentos de proteção e isonomia das mulheres, os quais se evidenciaram na década de 70. Nesse viés, destaca-se, no cenário internacional no ano de 1975 a instituição do ano internacional da mulher, tendo a ONU estabelecido o dia 08 de março como dia internacional da mulher (MAZZUOLI, 2018, p. 296). Segue o mesmo autor esclarecendo que:

No que tange especificamente aos direitos das mulheres, merece destaque a promulgação, em 1979, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, também chamada de “Carta Internacional dos Direitos da Mulher” ou CEDAW, ratificada por 189 Estados (até julho de 2016) e em vigor desde 3 de setembro de 1981. Trata-se do instrumento internacional que veio definitivamente consagrar, em âmbito global, a dupla obrigação dos Estados de eliminar a discriminação contra a mulher e zelar pela sua igualdade relativamente aos homens. Para tanto, a Convenção CEDAW autorizou as chamadas “discriminações positivas”, pela qual os Estados podem adotar medidas temporárias com o fim de agilizar a igualização de *status* entre mulheres e homens (MAZZUOLI, 2018, p. 297).

Sobreveio, em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, da qual se impõe destacar o parágrafo 18º, que reúne um ampliativo espectro protetivo.

À luz dessa definição, a violência contra a mulher é concebida como um padrão de violência específico, baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher. Tal preceito rompe com a equivocada dicotomia entre o espaço público e o privado no tocante à proteção dos direitos humanos, reconhecendo que a violação desses direitos não se reduz à esfera pública, mas também alcança o domínio privado. (PIOVESAN, 2013, p. 271)

Também merecem destaque os instrumentos regionais de proteção à mulher, especialmente Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, a qual caracteriza-se por:

A Convenção é composta por 25 artigos, sendo os seus arts. 3.º e 4.º os seus núcleos-chave, eis que garantem, expressamente, o direito de toda mulher a ser livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada (art. 3.º) e o direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos, os quais abrangem, entre outros (a) o direito a que se respeite sua vida, (b) o direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral, (c) o direito à liberdade e à segurança pessoais, (d) o direito a não ser submetida à tortura, (e) o direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família, (f) o direito à igual proteção perante a lei e da lei, (g) o direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos, (h) o direito de livre associação, (i) o direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei e (j) o direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões (art. 4.º) (MAZZUOLI, 2018.p. 301).

No âmbito interno, a própria Constituição da república em seu art.5º, I, estabelece a igualdade entre homens e mulheres. Verifica-se, ainda, a promulgação da Lei nº 11.340 de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, a qual foi fruto de recomendação pela Comissão Interamericana e visa à proteção da mulher contra a violência doméstica e familiar, bem como fazer valer no cenário interno a Convenção de Belém do Pará, a qual o Brasil ratificou.

Mais tarde, a Lei nº 13.104 de 2015 alterou o art. 121 do código penal para instituir o feminicídio. Anteriormente à legislação mencionada, o Brasil se destaca com a edição da Lei 9474/97, sendo a primeira lei nacional a implementar um tratado de direitos humanos no Brasil, e a lei latino-americana mais ampla já existente no tratamento da questão. (MAZZUOLI, 2014)¹. Não obstante os regramentos legais a respeito de política de proteção internacional e interna das mulheres, a realidade mostra-se ainda dissonante das propostas legais. Certo é que se deve evitar a distinção de pessoas como sendo de primeira e segunda classe ou, aquelas que têm acesso

¹ Embora a legislação supramencionada se refira ao Estatuto dos Refugiados, não sendo uma legislação específica sobre o tema direito das mulheres, a sua citação, no presente contexto da pesquisa, justifica-se para demonstrar o diálogo que existe com a problemática científica proposta, cujo recorte teórico apresentado refere-se à proteção dos direitos humanos.

a todos os direitos e as que não têm, pois o reconhecimento é uma necessidade humana vital e precisa ser considerada (TAYLOR *apud* GUSTIN, 2017).

Proposições legislativas decorrentes do direito internacional e do direito interno são significativamente relevantes para problematizar o debate teórico da igualdade e descoisificação da mulher, considerando-se que a sociedade contemporânea naturaliza a violência silenciosa que torna as mulheres invisíveis em seus espaços de fala. A violência moral, física, psicológica são formas de calar e tornar invisíveis as mulheres. O desafio para ressignificar tal contexto passa pela efetividade normativa, já que quando o destinatário da norma interioriza o objetivo proposto pelo legislador, torna-se viável problematizar mudanças nesses espaços de violência simbólica.

Destarte, é de relevo o papel do Judiciário, o qual deve priorizar não só o tratamento isomênico (igualdade de interpretação da norma jurídica aplicada ao caso concreto), mas o tratamento adequado, não se descurando da necessidade de se reconhecer a complexidade de cada caso, ainda quando isso importe no auxílio de outras áreas do conhecimento. É por isso que o conhecimento multisetorial, fundado na transdisciplinaridade, é ferramenta para enriquecer o debate processual de construção dialógica do provimento final de mérito. As questões envolvendo discriminação contra as mulheres e o tratamento desigual a elas conferido historicamente exige do Judiciário um posicionamento jurídico de reconhecimento desses sujeitos como iguais, já que deixar de reconhecer essa igualdade, seja sob o ponto de vista fático ou jurídico, acarretará às mulheres decisões consideradas injustas, reafirmando essa exclusão, desigualdade e marginalidade socialmente naturalizada.

2. O CASO JANAÍNA, UMA LEITURA FEITA A PARTIR DA OBRA DE PAULA MIRÁGLIA

O caso em exame se consubstancia na determinação judicial de realização de procedimento cirúrgico de laqueadura tubária compulsória, em decorrência do ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público², sob alegação de que agira em defesa de interesse individual homogêneo da requerida, a qual se encontrava em situação de vulnerabilidade por ser usuária de drogas e álcool.

Na petição inicial proposta pelo órgão ministerial foi ressaltado que a requerida, “em determinados momentos, manifestou a vontade em realizar o procedimento de esterilização; noutros, demonstrou desinteresse ao não aderir aos tratamentos e ao descumprir as mais simples orientações dos equipamentos da rede protetiva” (TJSP, 2017. p. 4). Além disso, o *parquet* mencionou a precária situação socioeconômica da requerida, a qual já possuía cinco filhos, sem condições de suprir as necessidades básicas destes, expondo-os em potencial risco.

Ao final, requereu o Ministério Público que a requerida fosse submetida compulsoriamente a procedimento cirúrgico de laqueadura tubária, a ser custeado pelo Município de Mococa, o qual também compunha o polo passivo daquela ação. O juiz, com vistas a aferir as condições da primeira requerida, determinou a realização de estudo psicológico, o qual fora realizado, tendo a psicóloga mencionado que a requerida nos momentos em que fazia uso de substâncias entor-

² Apelação nº 1001521- 57.2017.8.26.0360; TJSP; Apelante: Município de Mococa; Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo; Relator: Paulo Dimas Mascaretti. Processo em primeira instância número 1001521-57.2017.8.26.0360; juiz de direito Djalma Moreira Gomes Júnior. Houve a condenação do Município de Mococa a realizar a laqueadura, objeto dos autos, assim que ocorrer o parto da requerida Janaína, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1000,00 (mil reais), limitada ao valor total de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Disponível em <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI281580,51045-TJSP+reverte+decisao+que+mandou+esterilizar+mulher+compulsoriamente>. Acesso em 19 mar. 2019.

pecentes se recusava ao procedimento de laqueadura tubária, opinando, em seguida, pela realização do procedimento de laqueadura, com brevidade, considerando a concordância manifestada pela paciente e o risco de alteração da vontade e frustração de uma tentativa (TJSP, 2017. p. 25-29).

Além de proceder ao exame psicológico, a profissional da psicologia orientou a requerida que comparecesse ao fórum para expressar sua concordância com o procedimento na secretaria do juízo, o que foi realizado pela paciente. Na sequência, o juízo proferiu decisão em sede de tutela de urgência, determinando a realização de laqueadura tubária, a ser custeada pelo Município réu. Sobreveio informação da secretaria de saúde do Município réu de que a requerida se encontrava grávida, o que fundamentou requerimento de suspensão da liminar por parte do Município réu.

A promotora, em substituição, requereu a suspensão da liminar, o que foi acolhido pelo juízo. Na sequência e após notícia de recolhimento prisional da requerida, o Ministério Público de São Paulo requereu que fosse determinada à instituição penitenciária e ao hospital que procedesse à laqueadura durante o parto, sem o consentimento da requerida, o que foi deferido pelo juízo. O Município requereu a nomeação de curador especial à primeira requerida, sob o argumento de que havia sido reconhecido pelo próprio Ministério Público e evidenciado pelos relatórios juntados aos autos que a mesma não possuía discernimento para esboçar sua vontade sem comprometimento e, requereu a realização de perícia médica de modo a aferir a eventual incapacidade da requerida.

Após a discordância do Ministério Público, o juiz indeferiu os pedidos do Município por não haver processo de interdição da requerida e por entender suficientes as provas produzidas nos autos. No mesmo ato, julgou o mérito do processo, prolatando sentença de procedência do pedido inicial, condenando ao município à realização do procedimento cirúrgico na primeira requerida no momento do parto, sob pena de multa diária. O Município, por sua vez, recorreu ao tribunal competente (TJSP), ressaltando, dentre outras, a impossibilidade de realização do procedimento sem o consentimento da requerida, em razão de sua irreversibilidade e expressa vedação legal. Antes mesmo do julgamento do recurso pelo tribunal, foi informado nos autos a efetivação e cumprimento integral da ordem emanada do juízo de 1º grau, com a realização da laqueadura tubária, no momento do parto da requerida.

A decisão de 2ª instância de forma unânime deu provimento ao recurso do Município, rechaçando a decisão de 1º grau, por violar a Constituição da República, a Lei de Planejamento Familiar e Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário e determinando que fosse encaminhado o caso às corregedorias do Ministério Público e do Tribunal para apuração de eventual irregularidade/ilegalidade.

Apresentado o caso, faz-se necessário tecer considerações importantes, o que se fará à luz dos estudos realizados por Paula Mirágua. A pesquisa etnográfica realizada pela autora em questão teve como foco a investigação de menores infratores processados e julgados pelo Judiciário brasileiro. Embora o objeto da presente pesquisa seja o estudo da vulnerabilidade feminina decorrente da pobreza, exclusão, raça e marginalidade, recortando-se a problemática no estudo da laqueadura compulsória, verifica-se um estreito diálogo com a pesquisa realizada por Paula Mirágua, uma vez que a partir dos estudos etnográficos mencionados fica evidente uma postura comum do poder Judiciário em ambos os casos: a lei é aplicada friamente, de forma literal, uma vez que os julgadores ignoram as questões relacionadas com o contexto social, político, econômico, racial e de vulnerabilidade que se encontram os adolescentes e Janaína.

A vulnerabilidade existente nesses dois casos não integra o foco do Judiciário quanto à análise e debate exauriente das questões controvertidas que integram o mérito da demanda. Observa-se que são julgamentos que possuem pontos de convergência, embora com objetos distintos. A postura do julgador em ambos os casos ignora as vicissitudes que permeiam as linhas e entrelinhas da realidade em que se encontram inseridos os sujeitos do conflito, tornando inviável a construção participada do provimento final em razão do protagonismo judicial.

A obra da autora supramencionada analisou o tratamento despendido a adolescentes infratores em varas da infância e juventude, da comarca de São Paulo, desde a sua condução ao fórum, à sua recepção, aos comportamentos destes e de seus familiares antes e durante as audiências, bem como a condução da audiência por parte dos juízes, promotores e defensores públicos. Segundo a autora acima mencionada, o objetivo da pesquisa era o de analisar as vicissitudes da relação entre o jovem e a justiça no Brasil e a dificuldade de implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente (MIRÁGLIA, 2005, s.p). Tais proposições guardam relação direta com a problemática apresentada na respectiva pesquisa, já que tanto os adolescentes julgados quanto Janaína não são vistos pelo poder Judiciário no contexto de sua vulnerabilidade, uma vez que a análise assistêmica, não participada, dogmática e literal dos casos em tela impossibilita que os destinatários do provimento final sejam seus coautores.

Pretendia a antropóloga demonstrar, sobretudo, o papel do Judiciário na construção da identidade dos menores infratores, concluindo que:

Ainda que utilizando instrumentos legítimos como o Estatuto da Criança e do Adolescente, muitas vezes o Judiciário o faz de maneira enviesada. Uma análise mais atenta das audiências mostra como as relações estabelecidas nessa etapa do processo são marcadas pela assimetria entre os atores, pela reafirmação constante das hierarquias, por uma grande disputa e abuso de poder. [...] Esse espaço, contudo, mostrou-se um campo rico em teatralidade e dramaticidade, onde além da ação legal do Estado, representado aqui pelo poder Judiciário, nos deparamos com todo um sistema simbólico específico que estabelece diálogos muito particulares com as noções de menoridade, punição, culpabilidade e a própria ideia de Estado (MIRÁGLIA, 2005, s.p).

Realçou-se na obra alhures mencionada a importância da antropologia para identificar situações de interesse que extrapolam aspectos puramente jurídicos, como outros fatores de controle social, propiciando uma análise das leis em ação, bem como do universo em que o direito se produz e se exerce, o que é relegado pelos operadores do direito. A compreensão antropológica, etnográfica e transdisciplinar das pretensões que envolvem pessoas vulneráveis é de significativa importância para viabilizar uma análise pontual, clara, específica e objetiva das questões controversas que integram o mérito demanda. Restringir a análise da pretensão deduzida apenas aos aspectos tecnicamente jurídicos, ignorando outros aspectos relevantes, como as questões sociológicas que permeiam o caso concreto, constitui um meio de limitar o debate do mérito, com risco de cometer profundas injustiças.

Tanto nos casos mencionados por Paula Miraglia, como nos fundamentos da decisão do caso Janaína, observa-se a existência de um julgamento técnico, cujos magistrados ignoraram as questões multisetoriais que individualizam a pretensão deduzida. Ao contrário do que se propõe, o Judiciário, em ambos os casos, homogeneizou a análise das questões suscitadas e padronizou o modelo de julgamento, tornando invisíveis as questões antropológicas, sociais, raciais e humanas que influenciam diretamente na forma de decidir e julgar essas pretensões. É nesse sentido que se demonstra a indispensabilidade do olhar etnográfico em ambos os casos (adolescentes de Paula Miraglia e o caso Janaína).

Na pesquisa realizada a etnógrafa identificou que, em razão da situação econômica dos adolescentes infratores, a maioria era assistida pela defensoria pública e que os juízes agiam de

forma indissociável de sua personalidade, falando alto, outros gritando, outros mantinham o mesmo tom voz durante a audiência e usavam jargões que repetiam em todas as audiências. A forma de conduzir essas audiências era a mesma, pautada num formato mecânico, voltado para penalizar os menores infratores de forma indiscriminada, já que era considerado irrelevante para o julgador analisar o contexto psicossocial, antropológico e multidisciplinar em que cada menor se encontrava inserido. Aprofundar na análise transdisciplinar do mérito da demanda comprometia, na visão dos julgadores, a duração razoável do processo, além de tornar mais complexo o julgamento do mérito, visto que não mais se exigia uma abordagem estritamente técnico-jurídica. A análise estritamente jurídica é mais cômoda para o julgador, que não precisa de muitos esforços para decidir casos semelhantes, já que possui modelos de sentenças aplicados indistintamente a todos os casos semelhantes, homogeneizando suas decisões.

O caso envolvendo Janaína possui estreita relação com a pesquisa etnográfica realizada por Paula Mirágli, haja vista a ausência de um olhar transdisciplinar, multisetorial por parte dos julgadores, que preferiram o julgamento técnico-dogmático, unilateral, centrado no protagonismo judicial, sem permitir que os protagonistas do conflito pudessem construir dialogicamente o provimento final.

O caso Janaína ilustra o fenômeno histórico brasileiro que naturaliza a laqueadura compulsória para mulheres pobres, indígenas, deficientes e marcadas pela invisibilidade decorrente da marginalidade e exclusão. A imposição da laqueadura constitui uma forma de violência simbólica contra a mulher, haja vista que para Pierre Bourdieu, a violência simbólica “só triunfa se aquele(a) que a sofre contribui para a sua eficácia; ela só o submete na medida em que ele (ela) é predisposto por um aprendizado anterior à reconhecê-la” (BOURDIEU, 1989, p. 10). Nesse sentido, “definir a submissão imposta às mulheres como uma violência simbólica ajuda a compreender como a relação de dominação, que é uma relação histórica, cultural e linguisticamente construída, é sempre afirmada como uma diferença de natureza, radical, irredutível, universal” (CHARTIER, 1995, p. 42).

Buscar uma análise transdisciplinar e multisetorial das peculiaridades do caso concreto para além do tecnicismo jurídico é uma forma de individualizar as decisões judiciais, evitando-se decisões padronizadas e fundadas em parâmetros homogeneizantes. Enfatiza Paula Mirágli (2005) que:

Grosso modo, podemos descrever as audiências observadas da seguinte maneira: o caso é apresentado, o jovem é questionado quanto à veracidade das acusações que lhe são feitas, sendo a resposta, na maioria das vezes afirmativa. Uma vez admitido o ato infracional por parte do acusado, o juiz determina a medida sócio-educativa que o adolescente vai receber. Teoricamente, acusação e defesa poderiam apresentar argumentos contra ou em favor do acusado, além de reivindicar uma medida mais leve ou mais dura. Na prática, no entanto, a apuração da culpabilidade em si parece uma mera formalidade. A solução para o conflito apresentado na audiência é resultado da decisão quase que exclusiva do juiz.

Esclarece que a conclusão do acima exposto se deu após ouvir de um juiz a seguinte frase direcionada a um advogado constituído:

Imagino que essa seja a primeira vez que o doutor vem aqui. Aqui as coisas são um pouco diferentes, o doutor não precisa defender seu cliente dessa forma, aqui nós sempre buscamos um acordo. Se o doutor não quiser fazer parte desse acordo, pode até vir a prejudicar seu cliente.

O estudo deixa evidente a forma como questões sensíveis e demasiadamente sérias são tratadas pelo Judiciário de forma massiva e sem qualquer compromisso com as peculiaridades de cada caso. Visando massificar os julgamentos, os magistrados buscam sua homogeneização, padronizando a forma de analisar as questões controversas que caracterizam casos semelhantes.

Quando agem assim, os julgadores inviabilizam a participação das partes na construção do provimento final, privilegiam o tecnicismo jurídico, deixam de oportunizar a análise das questões controversas de forma transdisciplinar, coisificando os protagonistas do conflito em razão da autocracia jurisdicional.

Não raro a existência de decisões que revelam muito mais as convicções pessoais do julgador, em detrimento do conjunto probatório e da construção desenvolvida pelos sujeitos envolvidos no processo. O magistrado que exerce a jurisdição como atividade pessoal utiliza frequentemente de razões metajurídicas e juízos axiológicos como critério de seus julgamentos. Relativizam a racionalidade crítica no julgamento do mérito e fazem prevalecer suas percepções pessoais e subjetivas com relação ao caso concreto. Esses juízes tornam os sujeitos do conflito invisíveis diante de sua autoridade, restringem sua fundamentação ao tecnicismo jurídico e ignoram as questões sociológicas, antropológicas e etnográficas, essenciais à análise sistemática das particularidades que integram o mérito processual da demanda.

Com relação especificamente ao “caso Janaína”, verifica-se uma intensa carga axiológica no julgado de primeiro grau, que simplesmente ignorou o direito de participação efetiva, autônoma e independente de Janaína na construção do provimento final de mérito. Tanto o representante do Ministério Público quanto o magistrado de primeiro grau partiram de juízos apriorísticos na análise do caso em questão. Em razão da vulnerabilidade típica e vivenciada por essa mãe de cinco filhos, moradora de rua e usuária de drogas, os representantes do Estado (juiz e promotor de justiça) se autolegitimaram na tomada da decisão metajurídica por eles considerada mais adequada ao caso concreto. A partir de seus juízos de valores definiram que o melhor para esse caso seria a laqueadura compulsória, pois dessa forma protegeriam os direitos dos filhos menores. Essa autolegitimação dos representantes estatais tornou Janaína invisível, pois sua oitiva se deu “proforma”, objetivando ratificar um posicionamento já definido previamente pelo magistrado e representante do Ministério Público em primeiro grau.

Partiram do pressuposto de que Janaína não teria condições de criar e cuidar de mais uma criança, em razão de sua condição de absoluta vulnerabilidade. Por isso, os agentes do Estado se autolegitimaram no direito de se apropriarem do corpo, da liberdade de escolha e autonomia dessa mulher, cuja marginalidade e exclusão tinham se naturalizado. Em momento algum foi levantado nesse caso a importância do estudo etnográfico, com uma abordagem transdisciplinar de todas as questões que permeavam as particularidades do caso em questão. Pelo contrário, os agentes estatais limitaram o debate de mérito à análise do caso concreto sob a ótica do tecnicismo jurídico, utilizando-se de argumentos puristas, dogmáticos, axiológicos, que não privilegiam a racionalidade crítica.

Nesse contexto propositivo é importante esclarecer que o médico tem o dever ético, moral e legal de informar aos seus pacientes todos os procedimentos médicos que serão submetidos. Há diversos instrumentos normativos que todos seus direitos fundamentais. Extrai-se da decisão tomada por unanimidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que o consentimento da paciente não restou claro, pois a mesma em mais de uma ocasião desistiu do tratamento que antecedeu à laqueadura tubária. O consentimento, neste caso, é fator preponderante à concessão de autorização do procedimento mutilador, conforme a seguir exposto:

Renan Boccacio (2013), esclarece que “o termo de consentimento informado tem por finalidade informar o paciente sobre as consequências que poderão advir do ato médico, informando os possíveis acontecimentos conhecidos da ciência da medicina”. Portanto, a paciente que irá se submeter ao trabalho de parto, tem o direito de ser informada de todos os atos médicos possíveis de serem realizados, seus benefícios e fatores de risco, *ad exemplum*, sobre o parto normal e a cesariana, a Episiotomia e o temido *husband stick*. (WEISSMANN, James, 2018. p.9).

A lei nº 9263/96, conhecida como lei de planejamento familiar, a qual foi invocada pelo juízo do primeiro grau para justificar a determinação da laqueadura compulsória, prescreve em seu art. 10 as hipóteses em que é possível a esterilização voluntária. A necessidade de garantia do consentimento livre da paciente, além de encontrar guarida em diversos instrumentos legais foi objeto consagração pelos Tribunais brasileiros, bem como foi reconhecida pelo próprio tribunal revisor do caso em comento. Merecem destaque alguns trechos dos votos dos desembargadores que revisaram a sentença em grau recursal, senão vejamos:

[...] Na verdade, como bem assinalado pela Advogada da União, Aline Albuquerque, a referida Lei nº 9.263/96 foi editada até mesmo com “o objetivo de tentar coibir a prática em larga escala de esterilizações no país e estimular, em contrapartida, a utilização de métodos reversíveis de contracepção”. Dessa forma, a intenção da normativa é evitar que a esterilização voluntária seja adotada como método contraceptivo em detrimento dos demais métodos de caráter menos invasivo ... p.165.

Logo, no nosso ordenamento jurídico não se pode admitir a chamada esterilização compulsória, ou seja, nenhuma pessoa poderá ser obrigada a se submeter a esterilização, uma vez que se trata de procedimento médico invasivo, que lesa a integridade física de forma irreversível. ... p.167.

Em nenhum momento nos autos o D. Promotor de Justiça e o MM. Juízo interrogou pessoalmente a corré para obter o seu consentimento ou avaliar sua situação de saúde mental. A prudência da norma relativa à interdição não foi lembrada (art. 1.771 do Código Civil). ... p.175.

Em suma, trata-se de inadmissível preconceito social contra os menos favorecidos, uma vez que existem alternativas jurídicas disponíveis de assistência social e de orientação de planejamento familiar. ... p.177.

Assim, não há como albergar qualquer arremedo de processo kafkiano (narrado no romance “Der Prozess, do escritor Franz Kafka, no qual o personagem Josef K. acorda de manhã de seu aniversário e é preso e sujeito a longo e incompreensível processo por um crime do qual não teve conhecimento da acusação nem de seus julgadores) ... p.181.

Numa passagem do relatório, nota-se que “a esterilização cirúrgica de mulheres, seja voluntária ou não, é assunto que não pode ser dissociado de uma discussão que é mais imediata: a implantação da política de assistência integral à saúde da mulher. A situação de epidemiologia da saúde reprodutiva, ao revelar o uso abusivo da esterilização por parte das mulheres, reflete o abandono e a omissão do Estado em sua responsabilidade constitucional de prover saúde integral e métodos contraceptivos para o planejamento familiar”. ... p.183.

Não de outra sorte, há quem entreveja a possibilidade de tipificação do abuso de autoridade qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo (Lei 4.898/1965), principalmente quando se questiona, nas discussões parlamentares, sobre os limites e supostos abusos praticados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, qualificados como “demasiadamente empoderados”, até mesmo por Ministro do Supremo Tribunal Federal. ... TJSP, 2017. p.190.

A maneira pela qual se enxerga a realidade acaba por determinar a realidade em si (RADOM, *apud* MARTINI; SZINVELSKI. 2016, p.158). Esse olhar parcial, baseado numa pseudo-concreticidade impediu ao magistrado da acurada análise, que culminou na permissão de mutilação de uma pessoa em situação de vulnerabilidade, e em desrespeito a sua dignidade. A norma jurídica foi utilizada de forma utilitarista, retirando a liberdade de escolha da mulher, ao impor um método contraceptivo irreversível, sem, ao menos demonstrar o interesse da parte em livremente escolher fazer a laqueadura.

Os agentes estatais se apropriaram da fala de Janaína, construindo e impondo a ela um discurso decorrente de seus valores e concepções de mundo. Em momento algum se preocuparam em conferir a Janaína um espaço de fala em que a mesma pudesse participar da construção

do mérito da decisão judicial. Pelo contrário, preferiram coisificar sua pessoa humana, apropriando-se de sua liberdade, violando seu corpo e calando sua voz, tudo baseado na retórica concepção de uma legitimidade pressuposta que pune, castiga, exclui e marginaliza pessoas através da utilização da ciência do Direito. O processo judicial foi utilizado como um espaço de reprodução de violência e invisibilidade do sujeito vulnerável, ilustrado por Janaína.

O estudo etnográfico trazido à colação se relaciona diretamente com a decisão proferida nos autos do processo que culminou na laqueadura tubária de uma mulher em situação de vulnerabilidade. Isso porque, num primeiro momento, ao ler inicialmente o processo, tem-se a percepção de que tanto o promotor quanto o juiz conduziram adequadamente o processo, inclusive, com a determinação de realização de estudo psicológico do caso, observando as formalidades descritas no texto legal, deixando de contextualizar os fatos no tempo e espaço, já que as peculiaridades que envolviam Janaína simplesmente foram consideradas irrelevantes para os agentes estatais.

Numa análise apurada dos fatos descritos constata-se a precipitação em decidir algo tão sério, com base em argumentos que são muito mais fundamentados em convicções do próprio promotor e juiz do que nos elementos que se podem extrair dos documentos e provas produzidas nos autos. Além disso, percebe-se claramente do relatório psicológico um julgamento que desconsidera, em absoluto, o objeto do estudo, na medida em que a psicóloga identifica a oscilação volitiva da requerida e, ainda assim, sugere a realização de laqueadura com urgência e a orienta se manifestar nos autos.

Depara-se, portanto, com decisões construídas sem a análise contextual e social dos sujeitos, amparadas no frágil argumento de que foram cumpridas as exigências legais. Todavia, o direito, muito mais do que um mero arcabouço de normas, serve ao próprio indivíduo, o qual deve ser visto como o centro da norma. A análise transdisciplinar e sistêmica dos pontos controversos da demanda oportuniza um debate mais amplo do mérito processual, que deixa de ser visto como mera reprodução das convicções unilaterais do julgador, passando a ser compreendido como a oportunidade de construção dialógico-participada por todos os interessados.

Esse fechamento do direito às outras áreas do conhecimento desencadeia em decisões não reconhecidas pelos próprios usuários das normas, confira-se, a propósito:

Efetivamente, o mal-estar da ciência jurídica moderna pode ter como uma das causas o isolamento e o encastelamento do próprio Direito. Romper com estas barreiras é possível e necessário, especialmente quando a transdisciplinaridade é utilizada como catalizadora desse processo. Como acena Canaris (7), é papel do jurista preparar-se para alargar ou modificar a incompletude e a provisoriidade do conhecimento científico jurídico, pois seu objeto depende do fenômeno histórico e da mutabilidade das relações sociais. Uma visão que transcenda a mera reiteração dogmática passa pelo posicionamento em face do saber e em enxergar a realidade de modo a ultrapassar o já visto. (MARTINI; SZINVELSKI. 2016, p.159).

Pensar a ciência do Direito sob o viés da técnica e da dogmática constitui um meio de reproduzir concepções que inviabilizam um diálogo com outras áreas do conhecimento científico. Dessa forma, restringe-se o debate científico, além de permitir uma análise superficial dos fatos alegados, desconsiderando as causas, efeitos e motivos da relação conflituosa. As pessoas envolvidas no conflito de interesses não podem ser vistas como números ou peças de um modelo de processo que se preocupa muito mais com a aplicação da norma do que com a proteção integral dos direitos fundamentais daqueles envolvidos na lide. A reprodução da concepção hermética e de uma visão tecnicista da norma descontextualizada com os fatos subentendidos na demanda torna o processo um espaço de reprodução de violência, exclusão, marginalidade e não reconhecimento dos sujeitos em situação de vulnerabilidade.

É certo que legislações mais recentes, como o Código de Processo Civil, vêm se preocupando cada vez mais com a dialogicidade democrática do processo, enfatizando a necessidade de se romper com o protagonismo do juiz em detrimento da efetiva participação das partes. Todavia, a realidade ainda se mostra distante dos preceitos legais, sendo imperioso se voltar para a busca de mecanismos capazes de promover a implementação real do processo democrático. Democratizar o espaço processual de construção participada do provimento final exige o reconhecimento do direito de os sujeitos trazerem para o debate os pontos controversos da demanda, o que inclui uma análise transdisciplinar das questões controversas, como os aspectos antropológicos, etnográficos e sociais, viabilizando a exauriência argumentativa e análise sistemática do conflito.

3. A TRANSDISCIPLINARIDADE NO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE CONFERIR LEGITIMIDADE ÀS DECISÕES JUDICIAIS, CONSIDERANDO A COMPLEXIDADE DA REALIDADE MULTIDIMENSIONAL

A transdisciplinaridade pode se apresentar como uma ferramenta a serviço do Judiciário, capaz de conferir maior democraticidade às decisões judiciais. Isso porque, na medida em que se percebe a complexidade da realidade multidimensional levada à discussão, se conclui pela impossibilidade de existir julgador que domine tantas áreas do conhecimento, de modo a decidir satisfatoriamente as mais variadas questões. Nesse sentido, confira-se:

Analisar as ordens jurídicas da sociedade global em épocas de policontextualidade e hipercomplexidade se torna interessante quando se analisa os postulados da transdisciplinaridade. Permite analisar que o sentido jurídico pode ir para muito além do Estado, apesar de não excluí-lo; para além, ainda, do internacional (ou interestatal), pois ainda aqui o raciocínio estaria muito adstrito àquilo que os Estados ratificam para si próprios; permite observar que, mesmo em tempos de crise estatal, aos sentidos jurídicos construídos a partir das legislações, podem ser contrapostos construtivamente sentidos advindos de ordens não estatais (FORNASIER, 2015. p.40).

Por mais erudito e culto que possa ser o julgador não conseguirá ter conhecimentos profundos sobre diversos temas, especialmente aqueles estranhos ao direito, como medicina, construção civil, psicologia, antropologia, assistência social etc. A interlocução transdisciplinar das questões que envolvem o conflito constitui um meio de enriquecer o debate processual e analisar, de forma multidimensional, questões subentendidas na demanda que envolve pessoas vulneráveis. No caso específico de Janaína, a ausência de um estudo crítico e transdisciplinar, levou o Judiciário paulista, provocado pelo Ministério Público, basear-se em juízos apriorísticos, hipotéticos e definir unilateralmente o que seria decidido naquele caso concreto. Janaína, que deveria protagonizar o debate processual, protegendo-se e analisando sua liberdade de escolha, ficou na posição de mera coadjuvante de um modelo de processo autocrático e fundado no decisionismo judicial. A violência gerada pelo cumprimento da decisão judicial não foi evitada, haja vista que o mérito do recurso proposto foi julgado posteriormente à realização da laqueadura compulsória, embora tenha sido dado provimento ao recurso proposto.

Julgar o mérito processual de questões que envolvem pessoas em condição de vulnerabilidade exige uma abordagem profunda, sistemática, contextualizada e que ultrapassa o tecnicismo jurídico. Basarab Nicolescu identifica a pluralidade complexa, ressaltando que:

A complexidade social sublinha, até o paroxismo, a complexidade que invade todos os campos do conhecimento. O ideal de simplicidade de uma sociedade justa, baseada numa ideologia científica e na criação de um “homem novo”, desabou sob o peso

de uma complexidade multidimensional. O que restou, baseado na lógica da eficácia pela eficácia, não é capaz de nos propor outra coisa senão o “fim da história” (NICOLESCU, 2001. p.13).

A perspectiva transdisciplinar é trabalhada por Nicolescu como:

A transdisciplinaridade, como prefixo trans indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. Seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento. [...] Por outro lado, a transdisciplinaridade se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de realidade ao mesmo tempo. (NICOLESCU, 2001. p.16)

Para o autor do manifesto da transdisciplinaridade entre, através e além das disciplinas está cheio de pontos a serem trabalhados, sendo que os três pilares da transdisciplinaridade são os níveis de realidade, a lógica do terceiro incluído e a complexidade, os quais determinam os diferentes graus de transdisciplinaridade, com maior ou menor satisfação. Analisar o contexto social, etnográfico e antropológico em que se encontra inserido o sujeito em situação de vulnerabilidade é de significativa importância para a exauriência argumentativa e análise das diversas questões científicas que permeiam o mérito processual. Deixar de construir esse tipo de análise multidimensional constitui um meio de reproduzir o modelo de processo autocrático, fundado no protagonismo judicial e na impossibilidade de estreita interlocução com os sujeitos em situação de vulnerabilidade e protagonistas do conflito. Desse modo, o processo coisifica pessoas, tornando-as invisíveis, mantendo o cenário de exclusão e marginalidade em que as mesmas se encontram inseridas.

É importante esclarecer que o Judiciário se utiliza sim de suporte dado por profissionais de outras áreas do conhecimento, como no caso em exame, a profissional da psicologia, todavia, essa utilização se restringe a emissão de pareceres, sem qualquer construção participada do objeto pesquisado/analizado. Ou seja, o juiz não participa efetivamente do estudo realizado por outro profissional, atendo-se a aceitá-lo ou rechaçá-lo quando lhe aprovar. Ademais, verifica-se que o parecer técnico do caso Janaína veio justamente para ratificar o posicionamento adotado pelo magistrado e representante do Ministério Público, ignorando-se o contexto em que a protagonista do conflito encontrava-se inserida. Trata-se de medida “proforma”, visando conferir o que se denomina legitimidade jurídica pressuposta. Nesse contexto propositivo, veja-se, à propósito, o que elucida (FORNASIER, 2015.p.41).

Como se acabou de observar, o desenvolvimento da noção de transdisciplinaridade pressupõe o atingir de um nível teórico abstrato para muito além da mera adaptabilidade de postulados de um ramo da ciência para outro. Trata-se, isto sim, de se verificar que a possibilidade de conversações entre os ramos do conhecimento já, o que, por si só, confere um caráter transdisciplinar ao próprio diálogo. Na verdade, o que se propõe no presente trabalho, em relação à transdisciplinaridade, é a adoção do seu potencial de ultrapassagem das fronteiras *pela observação*, pela construção teórica – para que, a partir daí, possam ser pensadas novas possibilidades de realização de práticas inovadoras. Nesta senda, há de se reconhecer que o raciocínio de superação das fronteiras entre ordens jurídicas está mais afeito à ideia de interdisciplinaridade.

Por óbvio, não se está aqui buscando a mitológica “era dourada” para o Judiciário brasileiro, em que todos os problemas advindos da pluralidade complexa se resolveriam, a partir da transdisciplinaridade, mas de reconhecimento de que a linearidade atualmente posta como único método utilizado já não se presta aos fins colimados e, nesse sentido, a transdisciplinaridade pode ser um dos instrumentos importantes nessa empreitada. Nesse sentido, FORNASIER, 2015, p. 38):

Não se está, aqui, de forma alguma, tentando discorrer sobre uma possibilidade de “justiça suprema”, absoluta, contida em toda forma de organização jurídica. Porém,

aqui se pode passar a reconhecer, para o sistema do Direito, a possibilidade de construção de um *significado jurídico complexo para problemas complexos* – tais como aqueles que se referem à regulação do risco das atividades envolvendo altas tecnologias (biotecnologia, tecnologias nucleares, nanotecnologias, comunicação via internet, etc.). Uma compreensão de sociedade (da qual o Direito é um subsistema parcial) que leve em consideração sua complexidade, sem margens para simplificações. Assim como já é sabido em estudos relacionados aos danos ao meio ambiente e à saúde humana (categoria na qual se pode, certamente, classificar aqueles oriundos do trato para com a nanotecnologia), não há limites políticos (ou jurídicos) capazes de conter tais possibilidades – assim como não é mais possível estabelecer um sentido territorial estatal absoluto para problemas relacionados à economia global, por exemplo.

A transdisciplinaridade se apresenta como uma alternativa interessante na medida em que exige a construção da pesquisa em participação de modo a se chegar a um mesmo resultado, ou seja, se faria estudos envolvendo concomitantemente o direito, psicologia, sociologia e áreas afins, mas não de forma distante, e sim de maneira a entrelaçar as áreas e resultarem em um resultado único, o qual, indubitavelmente seria mais rico se seguro. Ultrapassar os limites e parâmetros exclusivamente jurídicos de análise dos pontos controversos da demanda constitui um meio de aprofundamento na análise do mérito processual, reconhecendo-se a relevância de outros aspectos (antropológicos; etnográficos; sociais; econômicos) essenciais a construção dialética do provimento estatal que mais se adequa aos interesses e anseios da parte.

É exatamente a busca pela reconstrução e leitura original da realidade debatida nos autos do processo que justifica a necessidade da transdisciplinaridade, rompendo-se com as barreiras fixas do pensamento clássico descarteano, senão vejamos:

Uma segunda noção está relacionada ao processo transdisciplinar. Desta vista, a transdisciplinaridade é um instrumento de coleta de informações que vai além das comparações interdisciplinares: se ocupa em utilizar o que cada disciplina pode oferecer em conteúdo para, depois, *transpassar* ou *ultrapassar* o que cada uma possibilita. Dito de outro modo, a transdisciplinaridade significa transgredir as barreiras fixas que determinam a Ciência ou Disciplina e oferece em busca de uma leitura original. (MARTINI; SZINVELSKI. 2016, p.159).

A análise transdisciplinar tornaria possível, no caso Janaína, verificar o contexto social, econômico e político no qual se encontra inserida esse sujeito em situação de vulnerabilidade, excluído e marginalizado socialmente. Permitiria uma compreensão não estritamente jurídica, técnica, restrita ao conteúdo frio da norma jurídica. Evitaria que o processo fosse utilizado como um espaço de reprodução da violência, conferindo dignidade aos sujeitos do processo (Janaína e seus outros filhos, além do filho que gerava à época). Preveniria a violação do corpo da mulher, garantindo-se uma análise a partir do direito fundamental de liberdade de escolha, desde que fossem esclarecidas as consequências advindas da laqueadura compulsória. Não se pretende aqui trabalhar com situações de “faz de conta” que nada contribui para a construção da decisão judicial, como se constatou no caso em exame. Mas, de real oxigenação do direito com vistas ao seu aperfeiçoamento.

Enfatiza (BLATYTA; RUBINSTEIN *apud* MARTINI; SZINVELSKI. 2016, p.160):

Uma atitude transdisciplinar procura respeitar o ser humano integralmente, em sua totalidade/complexidade de corpo físico, mente e espírito inseridos em realidades socioculturais específicas. [...] Aceitar a alteridade exige tolerância e flexibilidade para reconhecer e aceitar que há outras maneiras de perceber o mundo, diferentes das nossas, o que pode nos levar a frustração. Exige também esforço para a integração do diferente, sem discriminação, sem juízo de valor e, portanto, sem exclusão. Esse objetivo não é fácil de ser alcançado, pois exige uma articulação entre o dizer e o fazer que não é simples.

A transdisciplinaridade permite compreender o conflito de interesses sob diversas óticas, não apenas na perspectiva jurídica. Garante-se a racionalidade crítico-científica como critério

regente na formação participada do mérito processual, em contraponto ao decisionismo unilateral do julgador. Destarte, o tratamento dos afetados num processo judicial não pode se limitar à mera aplicação da norma ao fato, desconsiderando a complexidade existente em cada caso. Esse rigor científico que ora se incentiva é pressuposto do Estado Democrático de Direito, em que não mais se autoriza a prevalência isolada de um convencimento livremente motivado, senão vejamos:

O direito de ação no Estado Democrático materializa-se na oportunidade que o jurisdicionado tem de não se submeter a uma jurisdição sacerdotal, de poder discutir efetivamente as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo e, acima de tudo, obter um provimento discursivamente construído pelas partes interessadas a partir de um debate que se desenvolve mediante critérios objetivamente jurídicos, em que a subjetividade do julgador fica para segundo plano, devendo prevalecer a Hermenêutica Constitucional como referencial para a análise da pretensão deduzida (COSTA, 2017. p. 42 -43).

Outrossim, a dialogicidade promovida pela transdisciplinaridade permitirá maior legitimidade democrática às decisões judiciais, na medida em que promove o reconhecimento das particularidades, desvestindo-se de preconceções das autoridades processuais. O modelo constitucional e democrático de processo funda-se no direito de os sujeitos titulares do direito ou bem jurídico pretendido serem coautores do provimento final. A decisão judicial deve refletir o amplo debate jurídico e transdisciplinar, como meio de assegurar justiça processual, segurança jurídica e previsibilidade do conteúdo decisório.

Não foi apenas a situação de vulnerabilidade vivenciada por Janaína que ocasionou a violência judicial ora exposta. A partir da análise transdisciplinar é possível verificar que nas entrelinhas do debate de mérito do presente caso fica evidente a existência da desigualdade de gênero, a dominação masculina, a coisificação dos corpos, fatores que caracterizam e ilustram o patriarcalismo existente e naturalizado na sociedade brasileira. Todos esses fatores influenciaram diretamente na construção da decisão de mérito, que embora não estejam explícitos no conteúdo decisório, nas entrelinhas da decisão fica claro que o poder Judiciário reproduz a voz social da exclusão e desigualdade feminina institucionalizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo constitucional democrático é um espaço que legitima a ampla dialeticidade dos pontos controversos da demanda pelos sujeitos que integram o conflito de interesses. Ou seja, deve-se garantir a todos os interessados o direito de serem coautores do provimento final, viabilizando a exauriência argumentativa, não restrita apenas aos aspectos jurídico-legais, haja vista que a transdisciplinaridade é fundamental para a compreensão social, política, econômica e etnográfica de questões explícitas e implícitas que integram a pretensão deduzida.

A análise sistemática, multidimensional e específica do “caso Janaína”, evidencia que o magistrado de primeiro grau, devidamente provocado pelo Ministério Público, partiu de juízos apriorísticos, hipotéticos e fundados na legitimidade jurídica pressuposta para determinar a laqueadura compulsória. Não foi garantida a legitimidade democrática do provimento de mérito, haja vista que a confecção de laudo psicológico se deu para ratificar o protagonismo e discricionariedade judicial, uma vez que a protagonista do conflito de interesses assumiu o papel de mera coadjuvante. Sua condição de absoluta vulnerabilidade a colocou numa posição de profunda desigualdade perante o Judiciário e Ministério Público em primeiro grau, que atuaram nesse caso baseado apenas em argumentos estritamente técnicos, deixando de lado a análise transdisciplinar.

O *déficit* de democraticidade do provimento final ficou demonstrado no julgamento do mérito do recurso junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo. O provimento do respectivo recurso decorreu de uma análise multidimensional do caso concreto, considerando-se que os julgadores se colocaram no lugar de “Janaína”, levando-se em consideração sua condição de vulnerabilidade, bem como os direitos fundamentais previstos no plano constituinte, especialmente a dignidade humana. Ficou evidente que em primeiro grau de jurisdição não foi permitida a construção dialógica, multidimensional e transdisciplinar do provimento final, haja vista a prevalência dos argumentos pressupostamente apresentados pelo Ministério Público de São Paulo, ratificados pelo magistrado de primeiro grau.

A complexidade das relações e situações levadas à resolução pelo Judiciário é algo inquestionável, sendo premente a busca por instrumentos que possam proporcionar melhor tratamento, especialmente, quando se está diante de direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade e incapazes de se apresentarem de forma real no processo, exprimindo seus interesses.

Assim, a reformulação do tratamento tradicional, em que o juiz, se limita a, quando muito, realizar estudos psicológicos e sociais, por profissionais que muitas vezes sofrem com a farragosa carga de processos e, não conseguem se debruçar adequadamente à aquele caso, é medida impositiva. Já não se permite admitir que o juiz, por mais *expert* que seja, consiga dominar todas as áreas de conhecimento, devendo, assim, buscar auxílio de outros profissionais, os quais, de forma concreta analisa as questões de sua competência, oferecendo elementos que possam ser conjuntamente trabalhados por toda equipe, de modo a se chegar a um resultado final comum.

E, nesse aspecto, a transdisciplinaridade, realizada no âmbito do processo poderá se apresentar como instrumento democrático e assegurado do diálogo qualificado entre os afetados pela decisão judicial, especialmente, nas situações em que a análise vulnerabilidade exigir maior cautela. Outrossim, reconhecer a incompletude do direito e permitir a interpenetração e novas experiências contribui para a evolucionariedade do processo.

Portanto, a reflexão acerca da oxigenação do Judiciário e a relação com outras áreas de conhecimento contribui para o aumento da possibilidade de se atentarem para a validade e legitimidade do modelo adjudicativo de resolução de conflitos. Através dessa pesquisa, levantou-se aporias e demonstrou-se a porosidade da temática abordada, de modo a despertar a curiosidade epistemológica no que atine ao desenvolvimento e realização de novos estudos que venham a compreender sistematicamente e de forma crítica o processo judicial, como alternativa transcendental de promoção, participação efetiva e de respeito aos direitos fundamentais.

REFERENCIAS

BOURDIEU, Pierre. **La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1989.

BRASIL. **Constituição da República**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos dos Humanos** de 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRASIL. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “convenção de belém do Pará** de 09 jun. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 29 jan. 2019

BRASIL. **Lei nº 9263** de 12 jan. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm Acesso em: 27 jan 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340** de 07 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jan. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Autos nº 10015215720178260. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?dados.buscaInteiroTeor=10015215720178260&tipoDecisaoSelecionados=A&tipoDecisaoSelecionados=R&tipoDecisaoSelecionados=H&tipoDecisaoSelecionados=D>. Acesso em: 27 jan. 2019.

CHARTIER, Roger. Diferenças entre os sexos e dominação simbólica. **Cadernos Pagu** (4) 1995, p. 37-47. Disponível em https://2aopinioao.milharal.org/files/2013/09/cad-pagu_1995_4_4_CHARTIER.pdf. Acesso em 22 mar. 2019.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito Processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. A consciência do julgador no ato de decidir: um estudo crítico sob a ótica da processualidade democrática. In: NEVES, Isabela Dias; COSTA, Fabrício Veiga. **Pesquisa jurídica no Estado Democrático: I Encontro Interinstitucional de iniciação científica em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GUSTIN, Miracy; PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório. Belo Horizonte, **Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua**. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Justiça política: conceito a partir de olhares sobre a exclusão e o risco social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** | Belo Horizonte | n. 114 | pp. 409-423 | jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/22298_arquivo.pdf. Acesso em 14 jan. 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; GONTIJO, Lucas de Alvarenga; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; MORAIS, Ricardo Manoel de Oliveira Org. **Rompimento Democrático do Brasil: teoria política e crise das instituições públicas**. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. Transdisciplinaridade e teoria dos sistemas autopoieticos: convergências interessantes para a observação jurídica da complexidade **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas** Vol. 16 N. 109, jul./dez. 2015.

MARTINI, Sandra Regina; SZINVELSKI, Martín Marks. Um enfoque transdisciplinar para análise da complexidade do Direito à Saúde. **Caderno Ibero-Americano de Direito Sanitário**, Brasília, 5(4):156-176, out./dez, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**– 5. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MIRÁGLIA, Paula. **Aprendendo a lição**. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002005000200005#nt01. Acesso em: 27 jan. 2019.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. 2001. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4147299/mod_resource/content/1/O%20Manifesto%20da%20Transdisciplinaridade.pdf. Acesso em: 27 jan. 2019.

PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

Laqueadura compulsória: análise da transdisciplinaridade do “Caso Janaína” a partir do estudo etnográfico realizado por Paula Mirágua

WEISSMANN, James. ***Husband stich, parto e agressão aos direitos fundamentais da mulher em estado de vulnerabilidade***. Artigo apresentado e aprovado no VI Seminário Internacional “Direitos fundamentais, jurisdição e processo coletivo 30 anos da constituição federal” da Universidade de Itaúna. 2018.

Recebido em: 16 fev. 2019.

Aceito em: 29 mar. 2019.

APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS PRESTADOS POR CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

André Dias Fernandes

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará

Cynthia Meneses Maia

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos usuários de serviços públicos, especialmente em relação às concessionárias de energia elétrica. A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos insere-se no fenômeno da convergência entre o direito público e o direito privado, ou seja, da privatização do direito público e da publicização do direito privado. Assim, a problemática é objeto de uma análise interdisciplinar da legislação, da doutrina e da jurisprudência norteadoras do direito administrativo e do direito do consumidor. A metodologia utilizada é teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória, de natureza qualitativa, com predomínio do método dedutivo. Conclui-se que a relação de consumo existente entre a concessionária e o usuário de serviço público prestado *uti singuli*, remunerado por tarifa, atrai a incidência do CDC, naquilo em que não conflitar com a legislação administrativa específica, com as consequências daí decorrentes (possibilidade de inversão do ônus da prova, restituição em dobro de valores cobrados de má-fé pela concessionária, etc.). No atinente à suspensão do serviço de energia elétrica por inadimplemento do usuário, conclui-se que a aplicação das normas específicas da legislação administrativa vem sendo mitigada pela jurisprudência do STJ e do STF, levando em consideração, precipuamente, o grau de essencialidade do serviço para o consumidor e para a coletividade, a atualidade da dívida e o porte econômico do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Serviços públicos. Energia elétrica.

Application of the Consumer Defense Code to users of public services provided by electric power concessionaires

ABSTRACT: This article aims to analyze the application of the Consumer Defense Code (CDC) to users of public services, especially in relation to electric power concessionaires. The CDC's applicability to public services is part of the convergence between public law and private law, that is, the privatization of public law and the publicization of private law. Thus, the problem is the subject of an interdisciplinary analysis of legislation, doctrine and jurisprudence guiding administrative law and consumer law. The methodology used is theoretical, bibliographic, descriptive and exploratory, of a qualitative nature, with predominance of the deductive method. It is concluded that the relationship between the concessionary company and the public service user provided *uti singuli*, remunerated by tariff, attracts the incidence of CDC, insofar as it does not conflict with the specific administrative legislation, with the necessary consequences thereof (possibility of reversal of the burden of proof, double refund of amounts charged in bad faith by the concessionaire, etc.). Regarding the suspension of the electric power service due to the user's default, it is concluded that the application of the specific rules of the administrative legislation has been mitigated by the STJ and STF jurisprudence, taking into account, in essence, the degree

of essentiality of the service for the consumer and for the collectivity, the debt recency and the economic size of the consumer.

KEYWORDS: Code of Consumer Protection. Public services. Electric energy.

INTRODUÇÃO

A aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às relações entre usuários e concessionárias de energia elétrica, especialmente no que concerne à suspensão do fornecimento de energia em razão de inadimplemento do usuário, é alvo de intensa polêmica há vários anos.

Concorre para tanto o fato de ainda não haver uma disciplina normativa clara acerca da possibilidade e da forma de aplicação do CDC aos usuários dos serviços públicos.

A aplicabilidade do CDC (Lei 8.078/90) cobra relevo com a entrada em vigor da Lei 13.460/2017 (cognominada de “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”), cujo art. 1º, § 2º, II, determina a aplicação do CDC “quando caracterizada relação de consumo”, sem, no entanto, defini-la.

Ademais, quadra realçar a interdisciplinaridade do tema, a envolver tanto o direito administrativo, como o direito do consumidor. Essa interação entre o direito público e o direito privado suscita renovados debates, uma vez que é crescente a influência do direito privado em ramos do direito público, tanto que comumente se fala em “privatização do direito administrativo”, bem como o fenômeno inverso da “publicização do direito privado”.

Dessa maneira, questiona-se se é possível aplicar as normas previstas no Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos. E em sendo possível, como e em que medida o CDC poderá ser manejado pelos usuários, especialmente quando se tratar dos contratos que envolvem as empresas concessionárias de distribuição de energia elétrica, água, gás, etc.

Dito doutra forma: a aplicabilidade do CDC a tais serviços públicos concedidos é integral ou meramente parcial? A existência de norma específica na legislação administrativa afasta completamente a aplicação do CDC, com esteio no critério da especialidade, ou é possível algum diálogo entre as fontes legais administrativas e consumeristas, mediante uma aplicação coordenada?

Para tanto, inicialmente serão apresentados alguns conceitos a fim de verificar a viabilidade da subsunção do conceito de usuário de serviços públicos ao conceito de consumidor, bem como dos demais elementos que compõem a relação de consumo.

Na sequência, após considerações sobre a natureza híbrida do regime jurídico dos serviços públicos, serão explicitados alguns limites à incidência do CDC na prestação do serviço público de energia elétrica, exemplificando algumas normas do CDC que podem ser aplicadas e outras que não poderiam sê-lo, ao menos irrestritamente.

Em seguida, debate-se um dos temas mais controvertidos envolvendo a aplicação do CDC aos serviços públicos, qual seja, a legitimidade ou não da interrupção do fornecimento de energia elétrica em virtude de inadimplemento do usuário. A este respeito, há normas específicas na legislação administrativa a possibilitar a suspensão do serviço (Lei 8.987/95, art. 6º § 3º, II, e Lei 9.427/96, art. 17), hábil em tese a derrogar o CDC neste particular (notadamente os arts. 6º, X, e 22 do CDC).

Após a análise de alguns casos excepcionais em que a jurisprudência do STJ relativizou a aplicação dessa autorização legal de cessação do fornecimento, será examinada a possibilidade de um “diálogo entre as fontes” legais (legislação administrativa e consumerista) e constitucionais para a solução dessa antinomia.

A metodologia empregada é teórica, bibliográfica, descritiva e exploratória, de natureza qualitativa, com preponderância do método dedutivo.

1. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO E SERVIÇOS PÚBLICOS

A relação de consumo é formada, basicamente, por três elementos: consumidor, fornecedor e o objeto, que pode ser produto ou serviço. A legislação consumerista não define o que seja “relação de consumo”. O Código de Defesa do Consumidor optou por definir os conceitos dos elementos da relação de consumo.

Consoante Bruno Miragem (2013, p. 135-136), os conceitos dos elementos da relação de consumo são relacionais e interdependentes, de tal modo que somente existirá um consumidor se houver também um fornecedor (como sujeitos da relação), bem como um produto ou serviço (como objeto da relação).

Assim, serão conceituados os elementos da relação de consumo e também os serviços públicos.

1.1. Conceito de consumidor

A definição de consumidor é encontrada nos artigos 2^o, 17^o e 29^o do Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do *caput* do artigo 2^o do CDC, será considerada como consumidora a pessoa física ou jurídica que compra produto ou faz uso de algum serviço como destinatário final.⁴

Há três teorias acerca do conceito de consumidor: a maximalista, a finalista e a finalista “aprofundada” ou “mitigada”. Para a teoria maximalista, para ser considerado consumidor, basta que a pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço seja a sua destinatária final física, não sendo necessário que seja também a destinatária final econômica do bem, retirando-o do mercado e não o reutilizando como insumo na sua atividade econômica. A teoria finalista é mais restritiva, porque exige também a destinação final econômica, excluindo a possibilidade de emprego do bem como insumo ou incremento da atividade comercial do adquirente ou usuário. Assim, a empresa que adquire um bem para ser usado como matéria-prima na sua atividade comercial não é considerada consumidora à luz da teoria finalista.

¹ “Art. 2^o Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

² “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

³ “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁴ “O consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-se basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços.” (FILOMENO, 2010, p. 27).

Por sua vez, segundo o finalismo “aprofundado” ou mitigado, teoria intermediária em relação às anteriores, a pessoa jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como insumo na sua atividade-fim pode ser enquadrada como consumidora se comprovada sua vulnerabilidade *in concreto*. Assim, “a vulnerabilidade da pessoa física (consumidora) é presumida, ao passo que a vulnerabilidade da pessoa jurídica (consumidora) deverá ser demonstrada no caso concreto.” (BRAGA NETTO, 2019, p. 66). Caso não provada sua vulnerabilidade *in concreto*, será tida como “consumidora intermediária”, insuficiente para configurar a relação de consumo e atrair a incidência do CDC. Esta é a tese que tem prevalecido no STJ.⁵

À luz da teoria finalista aprofundada, tanto a pessoa jurídica privada, como a de direito público também podem ser consideradas como consumidoras, desde que comprovada a sua vulnerabilidade *in concreto*.⁶ À guisa de exemplo, o STJ tem reconhecido a possibilidade de enquadrar como consumidoras empresas e pessoas jurídicas de direito público em relação a concessionárias de energia elétrica, caso demonstrada a vulnerabilidade na situação concreta.⁷

O art. 17 da Lei 9.427/96 corrobora essa visão ao empregar o termo “consumidor” também em relação ao “Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual”⁸, embora se tenha de

⁵ “CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Sociedade empresária que não ostenta condição de destinatária final (critério finalista), inexistindo, outrossim, elementos nos autos que possibilitem a análise de sua vulnerabilidade *in concreto* (finalismo aprofundado). Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.” (AgInt no AREsp 1027692/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 09/05/2017) “Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. 4. Em caso de empréstimo bancário feito por empresário ou pessoa jurídica com a finalidade de financiar ações e estratégias empresariais, o empréstimo possui natureza de insumo, não sendo destinatário final e, portanto, não se configurando a relação de consumo.” (REsp 1599042/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 09/05/2017)

⁶ Nessa linha, considerando que até mesmo a União Federal pode ser havida como vulnerável na relação jurídica, a justificar a incidência do CDC: GARCIA, 2019, p. 40.

⁷ “ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE INDÚSTRIAS COMO CONSUMIDORES. DETERMINAÇÃO DE CONTINUIDADE DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO NA ORIGEM. 1. O presente recurso decorre de ação coletiva proposta pela Associação Brasileira de Consumidores de Água e Energia Elétrica - ASSOBRÁEE em face da ESCELSA - Espírito Santo Centrais Elétricas S.A., objetivando a declaração de nulidade das Portarias DNAEE 38/1986 e 45/1986, bem assim a restituição dos valores pagos em decorrência da majoração da tarifa de energia no período do congelamento de preços, considerada ilegal. [...] 3. Merece reparos o acórdão recorrido, pois, conforme decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo a mesma associação, “as pessoas jurídicas industriais, únicas afetadas pelas portarias impugnadas, podem ser enquadradas como consumidores e que, como bem assentou a instância de origem, é inequívoca a vulnerabilidade dos usuários industriais de energia elétrica do Estado do Sergipe” frente às concessionárias de tal serviço (fls. 600), não há que se falar em ilegitimidade da Associação dos Consumidores para representá-los em juízo” (Resp 1321501/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 23/04/2014). 4. Assim, devem os autos retornar ao TJ/ES para que seja dado prosseguimento ao julgamento da apelação, ressaltando-se novo exame da legitimidade ativa da associação no que importa à vulnerabilidade das pessoas jurídicas industriais em relação ao fornecedor do serviço de energia elétrica demandado.” (AgInt no REsp 1497585/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 04/12/2018. Data da publicação: DJe 12/12/2018.) “ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL AJUIZADA POR MUNICÍPIO PERANTE COMARCA QUE O JURISDICIONA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CARACTERIZADA. 1. Para se enquadrar o Município no art. 2º do CDC, deve-se mitigar o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado. 2. Pretende-se revisar o critério de quantificação da energia fornecida a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de vulnerabilidade por parte do ente público.” (REsp 913.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 19/08/2008. Data da publicação: DJe 16/09/2008)

⁸ “Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual.”

reconhecer que a legislação de regência não adota uma técnica uniforme e coerente a este respeito, frequentemente usando os termos consumidor e usuário como sinônimos ou sem um critério técnico para distingui-los.⁹

O parágrafo único do art. 2º do CDC equipara aos consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Assim, uma coletividade, ainda que não configure uma pessoa jurídica, pode ser considerada como consumidora, desde que haja intervindo numa relação de consumo, como ocorre, v.g., quando um condomínio edilício contrata serviços ou adquire produtos. (NUNES, 2012, p. 133).

Além das definições de consumidor previstas no artigo 2º, há também os consumidores por equiparação (*bystanders*), que são aqueles que não estão diretamente ligados ao produto ou ao serviço, mas são as “vítimas do evento” referidas no artigo 17 do CDC.

Segundo Paulo Roberto Roque Antônio Khouri (2005, p. 53) “no art. 17, o legislador deixa muito clara a sua intenção de levar a proteção aos que estão fora da relação de consumo.”. Assim, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação ampla, podendo ser mobilizado até mesmo por aqueles que não compõem a relação de consumo original.¹⁰

A possibilidade de equiparação das vítimas do evento aos consumidores é bem aceita tanto pela doutrina, como pela jurisprudência pátria, não havendo dissenso relevante sobre o tema.¹¹

Demais, o art. 29 do CDC equipara aos consumidores todas as pessoas, ainda que indetermináveis, expostas às práticas comerciais previstas no CDC, ainda que não sofram dano concreto, individual. Portanto, não é necessário que a pessoa integre a relação de consumo, ou seja, que ela adquira um bem ou faça uso de um serviço, para que possa invocar o CDC em prol de si e da coletividade. Tal se dá, por exemplo, quando determinada pessoa verifica uma prática abusiva vedada pelo CDC e a denuncia a algum órgão de proteção ao consumidor a fim de que seja cessada.

Em suma, não há nenhum óbice legal à subsunção do conceito de usuário de serviço público no conceito de consumidor. Desta feita, passa-se ao estudo dos demais componentes da relação de consumo.

⁹ Censurando essas inconsistências, cf. MIRAGEM, 2013, p. 174-175.

¹⁰ “Essa maior abrangência do conceito jurídico é plenamente justificável. A legislação consumerista não se destina, como é óbvio, a proteger apenas quem praticou diretamente o ato de consumo, mas sim a preservar os interesses de todos aqueles que, de alguma forma, hajam intervindo na relação de consumo.” (DE LUCCA, 2008, p. 124).

¹¹ À guisa de exemplo, confira-se: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTAMINAÇÃO DE SOLO E ÁGUAS SUBTERRÂNEAS. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 17 DO CDC. *BYSTANDER*. [...] 1. Ação de indenização movida contra empresa concessionária de energia elétrica que contaminou solo e águas subterrâneas na região onde o autor reside, em razão dos elementos químicos utilizados no tratamento de madeira para construção de postes. 2. Autor que se enquadra na modalidade de consumidor por equiparação ou ‘*bystander*’, nos termos do art. 17 do CDC. 3. Prazo prescricional de cinco anos consoante disposto no art. 27 do CDC. 4. O acórdão embargado se encontra em harmonia com a jurisprudência desta Corte [...]” (AgRg nos EREsp 1354348/RS, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 27/11/2015) Na mesma linha: “[...] 7. Na hipótese, o terceiro na superfície, que suporta o prejuízo causado diretamente por aeronave em voo ou manobra, ou por coisa ou pessoa dela caída ou projetada, equipara-se a consumidor (*bystander*), na medida em que, embora não tenha utilizado o serviço como destinatário final, foi vítima do evento danoso. 8. Assim caracterizada a relação de consumo, o prazo prescricional a ser observado é o previsto no art. 27 do CDC: 5 anos.” (REsp 1678429/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 17/09/2018).

1.2. Conceito de fornecedor

O art. 3º do CDC enuncia que é fornecedor toda pessoa física ou jurídica, “pública ou privada”, nacional ou estrangeira que desenvolva atividade de prestação de serviços ou de comercialização de produtos.¹²

O uso da expressão “que desenvolvem atividade” implica a habitualidade da atividade. Dessarte, não se reputa fornecedora a pessoa jurídica que, fora da sua atividade-fim, vende um bem de sua propriedade. Se ela não é fornecedora, tampouco pode ser considerado consumidor o adquirente do bem, dada a interdependência desses conceitos, não se configurando relação de consumo.

Como se vê, o conceito legal de fornecedor é bastante amplo e abrange até mesmo as pessoas jurídicas públicas e as privadas prestadoras de serviços públicos como atividade-fim, a possibilitar a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos. Nesse sentido, Newton de Lucca (2008, p. 215) ressalta:

Uma das mais importantes novidades trazidas pelo CDC terá sido, sem dúvida, a inclusão das pessoas jurídicas de direito público – enquanto prestadoras dos serviços públicos a elas pertinentes, quer pelo regime da concessão, quer pelo da permissão – no conceito jurídico de fornecedor, conforme já estudado.

Não existem, na doutrina brasileira, grandes discussões acerca da definição jurídica de fornecedor. Desse modo, cumpre analisar os conceitos de produto e serviço.

1.3. Conceitos de produto e serviço

Os conceitos de produto e de serviço¹³ também estão previstos no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o art. 3º, § 1º e 2º, do CDC, produto é qualquer bem, material ou imaterial, e serviço é qualquer atividade produzida no mercado, mediante remuneração, excluídas as relações trabalhistas. Assim, somente os serviços prestados “mediante remuneração” são regidos pelo CDC, o que exclui os serviços realmente gratuitos e aqueles prestados a toda a coletividade (*uti universi*), custeados pelo pagamento de impostos em geral sem nenhuma contraprestação específica e individualizada pelo usuário, o qual não se caracteriza como consumidor, mas como potencial contribuinte (relação tributária, e não de consumo).

Deve-se ressaltar, no entanto, que, caso o prestador de serviços obtenha vantagens indiretas de um serviço aparentemente gratuito, poderá configurar-se relação de consumo.

É o caso dos provedores de busca (buscadores) da internet¹⁴, bem como dos programas de milhagens de companhias aéreas, em que o consumidor adquire passagens aéreas por meio

¹² “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, *pública ou privada*, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

¹³ “Art. 3º [...] §1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. §2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

¹⁴ “CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo

do acúmulo de pontos, e dos estacionamentos aparentemente gratuitos fornecidos por supermercados, lojas, bancos, etc., que visam a atrair potenciais consumidores, razão pela qual as empresas respondem por eventuais danos ou furtos aos veículos neles estacionados, conforme entendimento já cristalizado na súmula 130 do STJ (“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”).¹⁵ Aliás, na aplicação da súmula 130, o STJ não distingue entre consumidores efetivos ou potenciais, de modo que mesmo aqueles que não adquiriram nenhum produto podem acionar a empresa. Nesses casos, também há relação de consumo e consequente aplicação do CDC.

Percebe-se, portanto, que o conceito de serviço, assim como os demais, é bastante amplo. Impende, pois, verificar se o conceito de serviço público é compatível com o conceito de serviço consumerista.

1.4. Conceito de serviço público

A conceituação de serviço público é relevante para determinar se a relação entre o prestador de determinado serviço público e o usuário pode ser caracterizada como de consumo.

No ordenamento jurídico brasileiro não há, diferentemente dos demais conceitos apresentados anteriormente, uma definição geral do que seja serviço público. O art. 175 da Constituição Federal de 1988 não o define, prevendo apenas que incumbe ao poder público a sua prestação, direta ou indiretamente, mediante licitação.¹⁶

O art. 2º, II, da Lei 13.460/2017 (“Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”) não fornece uma definição geral de serviço público, mas apenas para os fins da referida lei.¹⁷

De qualquer sorte, essa definição legal é criticável, porquanto restringe o serviço público à atividade “exercida” por órgão ou entidade da Administração Pública, o que excluiria os serviços delegados à iniciativa privada (empresas concessionárias, permissionárias, etc.). No entanto, ao que parece, cuida-se de mera imprecisão conceitual, uma vez que o *caput* do art. 1º determina a aplicação da Lei 13.460/2017 em favor do usuário dos serviços públicos “prestados

a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. [...]” (REsp 1316921/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

¹⁵ “Apesar de a lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negócio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista. Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shopping centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que é beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.” (TARTUCE, NEVES, 2013, p. 56).

¹⁶ CF/88, art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”. Nessa senda, Daniel Wunder Hachem e Luzardo Faria (2016, p. 313) expõem: “O Direito positivo brasileiro não define textualmente o que significa serviço público. A explicação sobre o significado dessa atividade desenvolvida pelo Estado é elaborada pela doutrina, e pode ser realizada a partir da conjugação de seus aspectos materiais (traços intrínsecos à própria atividade) e jurídicos (regime de princípios e regras sobre ela incidentes).”

¹⁷ “Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] II - serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”.

direta ou indiretamente pela administração pública”¹⁸ e o § 3º do mesmo art. 1º prescreve a aplicação subsidiária do disposto na referida lei aos serviços públicos “prestados por particular”.¹⁹

Portanto, uma interpretação sistemática da Lei 13.460/2017 conduz à conclusão de que também constituem serviços públicos aqueles delegados a concessionários e permissionários, bem como aqueles exercidos por particulares, independentemente de delegação, como sucede, *v.g.*, nos serviços de saúde e de educação.

Sobreleva notar ainda que a definição dada na Lei 13.460/2017 não indica qual o regime jurídico aplicável ao serviço público, isto é, se o serviço público pode ser regido apenas pelo direito público ou também pelo direito privado.

A definição de serviços públicos variou bastante ao longo do tempo. Desde a “Escola do Serviço Público”, liderada por Duguit e Jèze, que adotava um conceito sobremodo amplo de serviço público, abrangendo todas as funções do Estado, passando pelas duas “crises” da noção de serviço público, até os dias de hoje, o conceito evoluiu significativamente, mas remanesce controverso.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em posição minoritária da doutrina, sustém que o serviço público deve sempre estar sujeito a regime de direito público, elemento formal indissociável do próprio conceito de serviço público.²⁰

Diferentemente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 139), define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público” reconhecendo, dessarte, a incidência de normas de direito privado, suscetíveis de derrogação em parte pelo direito público, em determinadas hipóteses:

Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o **pessoal** se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos servidores públicos para determinados fins; os **contratos** com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os **bens** não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a **responsabilidade**, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às **relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política** que a instituiu. Vale dizer, o **regime jurídico**, nesse caso, é **híbrido**, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas. (DI PIETRO, 2017, p. 140, grifos da autora).

Similarmente, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 337 e 338) entende que serviço público é “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. Admite, porém, a incidência de normas de direito privado e que em alguns casos o regime

¹⁸ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.”

¹⁹ “Art. 1º. [...] § 3º Aplica-se subsidiariamente o disposto nesta Lei aos serviços públicos prestados por particular.”

²⁰ “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular”. (MELLO, 2017, p. 81).

será híbrido, prevalecendo, contudo, o regime de direito público quando colidir com o de direito privado.

Odete Medauar (2018, p. 317) também reconhece a aplicabilidade parcial de normas de direito privado aos serviços públicos:

Quanto ao regime jurídico, *a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo*; mesmo que seja realizada por particulares, em tese sujeita a regras do direito privado, se a atividade for qualificada como serviço público, tem notas de diferenciação: não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado. Conforme Demichel (*Le droit administratif – Essai de réflexion théorique*, 1978), o serviço público não acarreta necessariamente a aplicação exclusiva do direito público, mas é condição suficiente da aplicação de certo *quantum* de direito administrativo.

Alexandre Santos de Aragão (2008, p. 157), por seu turno, considera como serviços públicos aquelas atividades de prestação de utilidades econômicas, impostas pelo Estado, por meio de lei, podendo ser desenvolvidas direta ou indiretamente pelo governo, tendo em vista o bem-estar da coletividade.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2016, p. 418), serviço público é

[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Portanto, à luz da doutrina dominante, o conceito de serviço público não exige um regime de direito exclusivamente público, sendo compossível com a aplicação, ainda que parcial, de normas de direito privado. De outra parte, também se entremostra compatível com o conceito de serviço subministrado pelo CDC. No caso dos serviços públicos prestados por concessionárias e remunerados por tarifa, a subsunção é mais evidente.

2. A APLICAÇÃO DO CDC AOS USUÁRIOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos é encarada por alguns segmentos doutrinários e jurisprudenciais como uma interferência indevida do direito privado, regido pela lógica do lucro, na esfera pública, regida pelo interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1989, p. 71) aponta as contradições do direito administrativo:

O direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a de proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a da necessidade de satisfação de interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para prestação de serviços públicos.

Consoante Alexandre Santos de Aragão (2008b, *online*),

A aplicação do Direito dos Consumidores aos serviços públicos é uma decorrência fundamental do movimento de liberalização econômica da década de oitenta e seguintes. Apenas o serviço público liberalizado, sujeito à lógica econômica da concorrência, haver-se-ia, de cogitar a aplicação, em maior ou menor escala, do direito comum de proteção aos consumidores.

Malgrado as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o art. 1º, § 2º, II, da Lei 13.460/2017 (alinhada de “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”) é taxativo ao prescrever que “a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto [...] na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo”.

Portanto, apesar de a interação entre o direito público e o direito privado não ser recente na doutrina, a aplicação do CDC aos serviços públicos é um assunto extremamente atual e repleto de implicações práticas. Assim, releva analisar como o Código de Defesa do Consumidor trata os serviços públicos.

2.1. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor em diversas passagens alude aos serviços públicos, como, por exemplo, nos arts. 4º²¹ e 6º²².

Outrossim, o art. 22²³ prevê que os prestadores de serviços públicos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros. Em relação aos serviços essenciais, a lei deixou claro que devem ser fornecidos de forma contínua.

Em relação ao tema, Rizzatto Nunes (2014, p. 150) explica:

No art. 22, a lei consumerista regrou especificamente os serviços públicos essenciais e sua existência, por si só, foi de fundamental importância para impedir que os prestadores de serviços públicos pudessem construir “teorias” para tentar dizer que não estariam submetidos às normas do CDC.

A aplicação de normas consumeristas à prestação de serviço público também é encontrável em outros ordenamentos jurídicos. A título exemplificativo, o Código de consumo francês em vigor (*Code de la consommation*), profundamente alterado em 2016, também prevê explicitamente a aplicação de algumas de suas normas aos serviços públicos, assinaladamente aqueles prestados mercê de delegação do poder público, conforme se vê nos arts. L112-2, L121-11 e L121-19.²⁴

A seu turno, o *Codice del consumo* italiano, sobre garantir a prestação de serviços públicos conforme padrões de qualidade e eficiência aos respectivos usuários, na condição de direitos

²¹ “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: [...] VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;”

²² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

²³ “Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

²⁴ Confira-se, v.g., o disposto no art. 121-11: « Article L121-11. Est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime ; Est également interdit le fait de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 121-1. Est également interdit le fait de subordonner la vente d'un bien ou la fourniture d'un service à la conclusion d'un contrat d'assurance accessoire au bien ou au service vendu, sans permettre au consommateur d'acheter le bien ou d'obtenir la fourniture du service séparément. [...] Les dispositions du présent article s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. » (Grifou-se.) Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 25 fev. 2019.

fundamentais (art. 2.2, g)²⁵, assegura ainda no seu art. 101 direitos instrumentais de participação nos procedimentos de definição e avaliação dos padrões de qualidade do serviço, assim como compele o prestador à divulgação de carta de serviços.²⁶

No entanto, a discussão sobre a aplicação do CDC aos serviços públicos não se mostra simples, uma vez que para parte da doutrina e da jurisprudência é preciso diferenciar o tipo de serviço público para saber se o CDC será aplicado ou não.

Nesse sentido, João Batista de Almeida (2000, p. 99-100) assevera que há doutrinadores como Denaris e Marins que aceitam a aplicação do CDC em qualquer tipo de serviço público, já outros autores, como Pasqualotto, entendem que somente os serviços impróprios (*uti singuli*) poderão ser tutelados pelo CDC. Para Cláudia Lima Marques (2019, p. 787-788), são regidos pelo CDC os serviços prestados “em virtude de um vínculo contratual, e não meramente cívico, entre o consumidor e o órgão público ou seu concessionário”, ficando extra-alcance do CDC os serviços *uti universi*, como os serviços públicos gratuitos (de que são exemplo os fornecidos por escolas ou universidades públicas).

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 148), serviços públicos *uti universi* são “aqueles prestados à coletividade, mas usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, serviços públicos diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.” São serviços gerais, indivisíveis e custeados pelo pagamento de impostos.

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 148), os serviços públicos *uti singuli* são “aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos”, enquadrando-se nessa categoria alguns dos serviços públicos comerciais e industriais do mercado, como energia elétrica, água, transporte e também os serviços públicos sociais, como saúde e educação. São serviços específicos, mensuráveis, divisíveis, custeados mediante taxa ou tarifa.

A jurisprudência pátria também faz essa diferenciação.²⁷ Em consonância com o entendimento jurisprudencial prevalente no STJ, a aplicação do CDC somente poderá ocorrer em relação aos serviços *uti singuli*, remunerados por preço público (tarifa), como é o caso do serviço de fornecimento de energia elétrica.

²⁵ “Art. 2. [...] 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: [...] g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.” Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/03/19/codice-del-consumo>. Acesso em: 25 fev. 2019.

²⁶ “Art. 101. 1. Lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti della normativa vigente in materia. 2. Il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici. 3. Agli utenti è garantita, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalle leggi. 4. La legge stabilisce per determinati enti erogatori di servizi pubblici l'obbligo di adottare, attraverso specifici meccanismi di attuazione diversificati in relazione ai settori, apposite carte dei servizi.”

²⁷ “ADMINISTRATIVO – SERVIÇO PÚBLICO – CONCEDIDO – ENERGIA ELÉTRICA – INADIMPLÊNCIA. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços públicos. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso,

2.2. O princípio da continuidade dos serviços públicos

O princípio da continuidade dos serviços públicos, como do próprio nome se extrai, assegura que estes sejam prestados de maneira ininterrupta. Todavia, há serviços que, por natureza, são prestados em determinados horários e em outros não, como o serviço de iluminação pública (que não costuma ser fornecido de dia, mas apenas à noite), sem que isso acarrete vulneração ao princípio da continuidade, conforme leciona Luis José Béjar Rivera (2016, p. 64). Limitações de horário compatíveis com a natureza dos serviços também são admissíveis, como, por exemplo, no serviço público de metrô, que costuma não ser prestado em determinados períodos noturnos em que o fluxo de passageiros diminui sensivelmente.

O art. 22 do CDC, como visto, prescreve que os serviços públicos essenciais sejam contínuos, sem, contudo, abrir exceções. O art. 4º da Lei 13.460/2017 (“Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”) consagra o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sem restringi-lo aos serviços essenciais e sem fazer ressalva alguma.²⁸ A seu turno, a Lei 8.987/95, no § 3º do artigo 6º²⁹, prevê duas hipóteses em que poderá haver a interrupção dos serviços públicos sem ofensa ao princípio da continuidade: por imperativos de ordem técnica (*e.g.*, necessidade de reparo na rede elétrica) ou por inadimplemento.³⁰

Desse modo, questiona-se: ante o inadimplemento do consumidor, o fornecimento de energia elétrica poderá ser interrompido em qualquer situação? É o que será visto a seguir.

3. A RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE OS USUÁRIOS E AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA

O serviço público de fornecimento de energia elétrica é tido como serviço *uti singuli*, de tal maneira que, conforme exposto anteriormente, é plenamente possível a aplicação do CDC aos seus usuários, ao menos naquilo em que não colidir com a legislação específica de regência.

A incidência do CDC franqueia a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), a restituição em dobro de valores cobrados de má-fé pela concessionária (art. 42, parágrafo único), impede a exposição do consumidor inadimplente a ridículo ou a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça (art. 42, *caput*), etc.

Todavia, a aplicação do CDC não é integral, visto que há limites inerentes à própria natureza do serviço público e ao regime jurídico público, como, *v.g.*, a forma de composição da tarifa, em que há possibilidade de cobrança de valores diferenciados de tarifas em função do tipo de consumidores, da renda por eles auferida, etc. Há consumidores de baixa renda que pagam

existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).” (REsp 840.864/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 30/04/2007).

²⁸ “Art. 4º Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia.”

²⁹ “Art. 6º. [...] § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

³⁰ “Os usuários, atendidas as condições relativas à prestação do serviço e dentro das possibilidades normais dele, têm *direito* ao serviço e ao que foi legalmente caracterizado como serviço adequado, no referido art. 6º, § 1º. O concessionário não lhes poderá negar ou interromper a prestação, salvo, é claro, nas hipóteses previstas nas próprias cláusulas regulamentares. Cumpridas pelo usuário as exigências estatuídas, o concessionário está constituído na obrigação de oferecer o serviço de modo contínuo e regular.” (MELLO, 2015, p. 769).

tarifas mais reduzidas de energia elétrica (tarifa social), subsidiadas por meio de tarifas mais elevadas cobradas de outros consumidores (subsídio cruzado ou interno).

A falta de correspondência exata entre os valores cobrados e o valor da utilidade individualmente fruída pelo consumidor seria inadmissível à luz da principiologia e dos arts. 39, I e V, e 51, IV, do CDC, mas plenamente justificável em razão da solidariedade social que preside a prestação de serviços públicos.³¹ É difícil imaginar, por exemplo, ao menos no atual estágio evolutivo do direito do consumidor, que uma loja fixasse uma tabela de valores diferenciados para venda do mesmo produto em função da renda do comprador.

Portanto, os arts. 39, I e V, e 51, IV, do CDC teriam de passar por uma interpretação restritiva do seu âmbito de proteção para serem conciliados com as normas de direito público que regem a prestação de serviços públicos e com a natureza mesma do preço público (tarifa). Assim fez o STJ ao editar as súmulas 356 e 407, legitimando a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia e a cobrança da tarifa de água, fixada de acordo com as categorias de usuários e as faixas de consumo.

No caso da tarifa básica de assinatura de telefonia, por exemplo, um dos fundamentos invocados em alguns julgados que ensejaram a súmula 356 foi o de que o art. 39, I, do CDC não estaria sendo vulnerado, porquanto o condicionamento a um limite quantitativo mínimo só seria vedado se fosse “sem justa causa”, conforme referido no art. 39, I, do CDC (“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.”) Não há negar, porém, que a interpretação dada pelo STJ ao conceito de “justa causa” foi extraída não dos princípios inspiradores do direito consumerista, mas sim a partir de normas de direito público (em especial, o art. 13 da Lei 8.987/95), pautadas pela lógica da primazia do interesse público sobre o particular.

Segundo Cláudia Lima Marques (2019, p. 787-788), embora o CDC seja aplicável aos serviços públicos prestados por concessionárias, o regime dos contratos com a administração é especial:

Mesmo se regidos por leis civis, a relação não perde seu caráter dito de *verticalidade*, reservando-se à administração faculdades que quebram o equilíbrio do contrato. Se as normas do Código de Defesa do Consumidor poderão reequilibrar, na prática, esta relação, é uma pergunta difícil de responder.

O ponto mais controvertido a propósito da aplicação do CDC aos usuários de energia elétrica diz com a possibilidade de interrupção do fornecimento do serviço por falta de pagamento. Revela-se oportuno verificar como o STF e o STJ têm buscado harmonizar, na prática, a aplicação de normas do CDC com as normas de direito público nessa ambiência.

3.1. Visão dos Tribunais Superiores sobre a relação de consumo no setor de energia elétrica

Em meio à crise energética, ocorrida no início dos anos 2000, foi editada a Medida Provisória de nº 2.152-2, a qual tinha como objetivos criar a Câmara de Gestão da Crise de Energia

³¹ Nesse sentido: OLIVEIRA, 2019, p. 265; ARAGÃO, 2013.

Elétrica-GCE, como também apresentar e implantar medidas para compatibilizar a crise hidrológica e o fornecimento de energia elétrica³². Desse modo, foram estabelecidas diversas medidas de racionamento de energia elétrica, como, por exemplo, o estabelecimento de metas de consumo de energia para os consumidores e possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica, caso o limite fixado fosse ultrapassado.

Assim, o então Presidente da República, por meio do Advogado Geral da União, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9 em ordem a evitar controvérsias judiciais acerca da constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da MP nº 2.152-2.

O Relator, Ministro Néri da Silveira, votou pela inconstitucionalidade da Medida Provisória.³³ No entanto, seu voto ficou vencido, julgando-se procedente o pedido da ADC 9 para declarar a constitucionalidade dos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 da MP nº 2.152-2.³⁴

Dessa maneira, decidiu o STF pela constitucionalidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica, desde que precedida de notificação prévia e que não se curasse de um caso excepcional.

Ademais, no julgamento da ADI 5.961 (Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio), em 19.12.2018, o Plenário do STF declarou a constitucionalidade de lei do Paraná que obstava à interrupção do fornecimento residencial de energia elétrica e água por inadimplemento “às sextas-feiras, sábados, domingos, feriados e no último dia útil anterior a feriado”, reconhecendo que a matéria concerne a direito do consumidor, sujeitando-se, portanto, à competência legislativa comum concorrente (CF/88, art. 24, V e VIII). A lei paranaense ampliou a proteção conferida ao consumidor na Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL, que permitia o corte em qualquer dia útil.³⁵

³² “Art. 1º Fica criada e instalada a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica - GCE com o objetivo de propor e implementar medidas de natureza emergencial decorrentes da atual situação hidrológica crítica para compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica.”

³³ Vale destacar parte do voto do relator: “Não há, destarte, espaço para invocar-se, no sistema do art. 5º, XXXII, combinado com o art. 170, V, bem assim com o art. 175, II e IV, todos da Constituição, legitimidade constitucional para a suspensão do fornecimento de serviço essencial concedido, como o de energia elétrica, àqueles usuários, consumidores finais, e, no caso concreto, tão-só porque, em seu consumo mensal de energia elétrica, ultrapassaram o número de kwh, pré-estabelecido, com base em plano de contingenciamento de gasto, em medida provisória que, assim, se entremostra sem amparo na Constituição e revela evidente caráter punitivo”.

³⁴ “AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA nº 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.” (Ação Declaratória de Constitucionalidade 9. Rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 13/12/2001. Data da publicação: 23/04/2004.)

³⁵ “Art. 172. [...] §5º A distribuidora deve adotar o horário de 8h às 18h, em dias úteis, para a execução da suspensão do fornecimento da unidade consumidora.”

Por sua vez, nos termos da jurisprudência dominante no STJ, a interrupção do fornecimento de energia elétrica poderá ocorrer, desde que observados alguns requisitos.

O primeiro deles é a prévia notificação de corte do fornecimento de energia elétrica em virtude de inadimplemento, exigida no art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95.³⁶ Esse requisito legal é amplamente corroborado pela jurisprudência do STJ.

O segundo requisito é a essencialidade do serviço de energia elétrica. Esse é um tópico sensível, uma vez que muitos estimam que a energia elétrica é essencial para a vida de qualquer pessoa. A PEC n.º 44/2017, em tramitação no Congresso, visa a incluir o acesso à energia elétrica no rol de direitos sociais contemplados no art. 6º da CF/88.

De acordo com Mário Aguiar Moura (1992, p. 17), os “serviços públicos essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas”. O autor assinala ainda que serviços como o fornecimento de água e de eletricidade são essenciais para a vida moderna. De fato, a própria noção de mínimo existencial condigno e de dignidade da pessoa humana tem-se alargado na pós-modernidade.³⁷

Contudo, a noção de essencialidade empregada pelo STJ para efeito de interrupção do serviço em caso de inadimplência é mais restrita. Assim, se a interrupção for capaz de prejudicar a saúde ou a integridade física do consumidor inadimplente, não será legítima.³⁸ É o caso dos eletrodependentes.³⁹ Ausentes tais situações excepcionais, o corte é juridicamente autorizado.⁴⁰⁻⁴¹

³⁶ “Art. 6º. [...] §3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

³⁷ “O próprio mínimo existencial deve ser definido ao abrigo da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo ser examinado à luz do respectivo contexto histórico, cultural e socioeconômico. Com efeito, a própria noção de dignidade da pessoa humana tem variado ao longo do tempo. Saneamento básico, fornecimento de energia elétrica e de gás, televisão, celulares, metrô, remédios e tratamentos médicos essenciais acessíveis às camadas consideradas pobres na atualidade fazem com que estas tenham um nível de conforto e uma expectativa de vida superiores aos de muitos reis da antiguidade e de alguns séculos atrás. Seria razoável afirmar que os reis de antanho não tinham qualidade de vida, não tinham uma vida digna? À sombra do contexto histórico-cultural em que inseridos, viviam com toda dignidade possível, pois desfrutavam de tudo aquilo que estava ao alcance daquela sociedade.” (FERNANDES, 2018, p. 192).

³⁸ “FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVIABILIDADE DE SUSPENSÃO DO ABASTECIMENTO NA HIPÓTESE DE DÉBITO DE ANTIGO PROPRIETÁRIO. PORTADORA DO VÍRUS HIV. NECESSIDADE DE REFRIGERAÇÃO DOS MEDICAMENTOS. DIREITO À SAÚDE. [...] 2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ.” (REsp 1245812/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda turma. Data do julgamento: 21/06/2011. Data da publicação: DJe 01/09/2011).

³⁹ A Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL, contudo, permite a descontinuação do serviço de energia elétrica ainda que haja eletrodependentes na unidade consumidora, exigindo apenas que a notificação prévia seja escrita, específica e com entrega comprovada: “Art. 173. Para a notificação de suspensão do fornecimento à unidade consumidora, prevista na seção III deste Capítulo, a distribuidora deve observar as seguintes condições: [...] § 2º A notificação a consumidor titular de unidade consumidora, devidamente cadastrada junto à distribuidora, onde existam pessoas usuárias de equipamentos de autonomia limitada, vitais à preservação da vida humana e dependentes de energia elétrica, deve ser feita de forma escrita, específica e com entrega comprovada”.

⁴⁰ “6. Com relação a débitos de consumo regular de energia elétrica, em que ocorre simples mora do consumidor, a jurisprudência do STJ está sedimentada no sentido de que é lícito o corte administrativo do serviço, se houver aviso prévio da suspensão.” (REsp 1412433/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 28/09/2018).

⁴¹ Na mesma linha: “Em havendo o caráter de não essencialidade do serviço singular, e desde que haja prévio aviso (visa-se eliminar a surpresa bem como eventuais constrangimentos daquele que se viu sem o serviço, além de possibilitá-lo um momento derradeiro para quitar suas obrigações), não há por que deslegitimar a adoção de medidas interruptivas.” (LAZARI; RAZABONI JUNIOR, 2017, p. 716).

No que respeita aos consumidores de energia elétrica que prestam “serviço público ou essencial à população”, o art. 17 da Lei 9.427/96 não interdita o corte, exigindo apenas uma comunicação prévia ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual, que deverão enviar “providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica”, sem embargo das “ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida”.⁴²

No entanto, reconhecendo embora a possibilidade de corte quando se trata de inadimplência de pessoa de direito público (ou de pessoa jurídica privada prestadora de serviço público), a jurisprudência do STJ não abona o corte de energia elétrica de maneira irrestrita, impedindo-o em unidades mais sensíveis. Assim, não chancela a interrupção em desfavor de hospitais, escolas, mercados municipais, delegacias, etc., em vista do interesse da coletividade atingida pela medida.⁴³ Destarte, a abrangência do corte deve ser circunscrita para não embaraçar a atividade desenvolvida em unidades consumidoras havidas como críticas.⁴⁴

De outra parte, outro requisito imprescindível para o corte é a recentidade da dívida. Conforme decidiu a Primeira Seção do STJ em recurso representativo de controvérsia (Tema 699), débitos pretéritos, assim considerados aqueles vencidos há mais de 90 (noventa) dias, não justificam a interrupção do fornecimento de energia elétrica, cabendo à concessionária cobrar tais débitos pelas vias ordinárias. Eis o teor da tese firmada:

Na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível o corte administrativo do fornecimento do serviço de energia elétrica, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação. (REsp 1412433/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 28/09/2018).

Conquanto aluda especificamente à hipótese de débito apurado após comprovação de fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, a mesma *rationale* se estende a débitos pretéritos decorrentes de simples mora do usuário-consumidor, consoante se infere do próprio julgado representativo.

É bem de ver, outrossim, que a jurisprudência do STJ proíbe o corte quando a fraude no medidor for aferida unilateralmente pela concessionária, sem possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa ao consumidor.

⁴² “Art. 17. A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual. § 1º O Poder Público que receber a comunicação adotará as providências administrativas para preservar a população dos efeitos da suspensão do fornecimento de energia elétrica, inclusive dando publicidade à contingência, sem prejuízo das ações de responsabilização pela falta de pagamento que motivou a medida. (Redação dada pela Lei nº 10.438, de 2002)”.

⁴³ “SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. [...] 3. ‘A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d’água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade’ (EResp 845.982/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/6/2009, DJe 3/8/2009). [...]” (AgRg no AREsp 543.404/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 27/02/2015).

⁴⁴ O art. 11 da Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL enumera os serviços ou atividades essenciais “cuja interrupção coloque em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”.

O prazo de 90 (noventa) dias foi fixado com esteio no princípio da razoabilidade e à consideração de que “incumbe às concessionárias o dever não só de fornecer o serviço, mas também de fiscalizar adequada e periodicamente o sistema de controle de consumo”, somente se justificando a suspensão do fornecimento como “instrumento de coação extrajudicial” quanto a débitos recentes, inseridos nesse limite temporal.⁴⁵

Para além disso, há acórdãos que emprestam valor ao porte econômico do consumidor e à natureza da atividade por ele desenvolvida. No REsp 684.442, invocou-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana para dispensar tratamento diferenciado a pessoa natural que padecia de miserabilidade em comparação com empresas portentosas inadimplentes.⁴⁶

No REsp 771.853, enfatizou-se o intuito de lucro do consumidor. No caso, um grande hospital privado ajuizara ação requerendo o pagamento de danos morais, em virtude do corte de energia elétrica. O pedido foi julgado improcedente, uma vez que a interrupção do fornecimento de energia elétrica fora regular e que o hospital particular funcionava “como empresa, com a finalidade de auferir lucros, embutindo nos preços cobrados o valor de seus custos, inclusive de energia elétrica”, detendo uma dívida de elevada monta.⁴⁷

Assim, à sombra da jurisprudência do STJ, a solução dependerá de cada caso concreto, tendo como requisitos imprescindíveis a notificação prévia ao consumidor-usuário e a recentidade da dívida, e ponderando-se, principalmente, o grau de essencialidade do serviço público e o porte econômico do consumidor.

⁴⁵ A Resolução Normativa n. 414/2010 da ANEEL já dispunha: “Art. 172. [...] §2º É vedada a suspensão do fornecimento após o decurso do prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da fatura vencida e não paga, salvo comprovado impedimento da sua execução por determinação judicial ou outro motivo justificável, ficando suspensa a contagem pelo período do impedimento”.

⁴⁶ “5. Hodiernamente, inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação. 6. In casu, o litígio não gravita em torno de uma empresa que necessita da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra. Como afirmou o Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Forçoso, distinguir, em primeiro lugar, o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. 7. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa. 8. Outrossim, é voz corrente que o ‘interesse da coletividade’ refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos. 9. Destarte, mister analisar que as empresas concessionárias ressalvam evidentemente um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, e os fatos notórios não dependem de prova (*notoria nom egent probationem*), por isso que a empresa recebe mais do que experimenta inadimplementos. 10. Esses fatos conduzem a conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contrapartida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis. 10. Recurso Especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte.” (REsp 684.442/RS, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2005, DJ 05/09/2005, p. 260).

⁴⁷ “ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. HOSPITAL PARTICULAR INADIMLENTE. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. 1. De acordo com a jurisprudência da Primeira Seção não se admite a suspensão do fornecimento de energia elétrica em hospitais inadimplentes, diante da supremacia do interesse da coletividade (REsp 845.982/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009). 2. Hipótese diversa nestes autos em que se cuida de inadimplência de hospital particular, o qual funciona como empresa, com a finalidade de auferir lucros, embutindo nos preços cobrados o valor de seus custos, inclusive de energia elétrica. 3. Indenização por dano moral indevida porque o corte no fornecimento do serviço foi precedido de todas as cautelas legais, restabelecendo-se o fornecimento após, mesmo com a inadimplência de elevado valor.” (Recurso Especial 771.853/MT. Relator: Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 02/02/2010. Data da publicação: DJe 10/02/2010).

A análise desses julgados evidencia que, mesmo diante de uma norma específica na legislação administrativa de regência a possibilitar a interrupção do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplemento, a jurisprudência do STJ e do STF tem imposto algumas mitigações quando de sua aplicação concreta.

Há um reconhecimento, ainda que implícito, da insuficiência dos critérios tradicionais de solução de antinomias em alguns casos-limite (*hard cases*), a exigir um “diálogo entre as fontes” legais (legislação administrativa e consumerista) e constitucionais, na linha proposta por Erik Jayme e Cláudia Lima Marques.⁴⁸

Assim, por exemplo, a norma legal autorizativa do corte de energia elétrica por inadimplemento (Lei 8.987/95, art. 6.º § 3.º, II), após submetida a uma filtragem constitucional em face dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da razoabilidade, e levando em consideração a necessidade de proteção aos mais vulneráveis, não é efetivamente aplicada no caso dos eletrodependentes, a fim de preservar a integridade física e a saúde dessa espécie de consumidores-usuários especialmente vulneráveis.

Portanto, embora sem mencionar explicitamente a teoria do diálogo das fontes, a jurisprudência do STJ e do STF alusiva ao corte de energia por inadimplemento do usuário vem, em alguma medida, adotando-a na prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicabilidade do CDC aos serviços públicos insere-se no fenômeno da aproximação do direito público com o direito privado, ou seja, da privatização do direito público e da publicização do direito privado.

Em que pesem os dissensos doutrinários e jurisprudenciais, o art. 1.º, § 2.º, II, da Lei 13.460/2017 (alcançada de “Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos”), ao prescrever que “a aplicação desta Lei não afasta a necessidade de cumprimento do disposto [...] na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, quando caracterizada relação de consumo”, veio a cancelar a aplicabilidade do CDC aos usuários de serviços públicos quando configurada relação de consumo.

À luz dos conceitos subministrados pelo CDC, é perfeitamente possível a aplicação deste aos serviços públicos *uti singuli*, remunerados por tarifa (preço público), caracterizados pela divisibilidade e possibilidade de identificação do consumidor, dentre os quais figura o serviço de fornecimento de energia elétrica prestado por concessionárias.

Portanto, em face da relação de consumo entre a concessionária e o usuário, revela-se aplicável o CDC, no em que não conflitar com a legislação administrativa específica, com as consequências daí derivantes (possibilidade de inversão do ônus da prova, restituição em dobro de valores cobrados de má-fé pela concessionária, etc.)

No que respeita à interrupção do serviço de energia elétrica por inadimplemento do usuário, há normas específicas na legislação administrativa de regência (Lei 8.987/95, art. 6.º § 3.º, II, e Lei 9.427/96, art. 17) a permitir o corte, cuja aplicação, todavia, vem sendo temperada pela

⁴⁸ “O diálogo das fontes é uma teoria sofisticada para ajudar a decidir – de forma mais refletida e ponderada, segundo os valores constitucionais – os casos de conflitos de leis, resolver esses casos usando um novo paradigma, o da aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pelos valores da Constituição Federal, especialmente o de direitos humanos e de proteção dos vulneráveis. Trata-se de nova concepção da teoria geral, que é muito bem-vinda e útil, pelo que agradecemos ao mestre Erik Jayme.” (BENJAMIN, MARQUES, 2018, p. 39).

jurisprudência do STJ e do STF, levando em consideração, precipuamente, a indispensabilidade do aviso prévio, o grau de essencialidade do serviço para o consumidor e para a coletividade, a atualidade da dívida e o porte econômico do consumidor.

O emprego desses critérios mitigadores evidencia que a jurisprudência, ainda que sem aludir expressamente à teoria do diálogo das fontes, tem promovido uma filtragem constitucional da legislação aplicável ao corte por inadimplemento do usuário-consumidor, empreendendo, na prática, um diálogo entre as fontes legais administrativas e consumeristas à luz da Constituição, especialmente em atenção à dignidade da pessoa humana e à proteção dos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e Direito do Consumidor: possibilidades e limites da aplicação do CDC. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (RE-DAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, Agosto/Setembro/Outubro, 2008b. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae>. Acesso em: 26 mar. 2019.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 21-40, jan/fev 2018.

BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1027692/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta turma. Data do julgamento: 04/05/2017. Data da publicação: DJe 09/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1497585/ES**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 04/12/2018. Data da publicação: DJe 12/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 543.404/RJ**, Relator: Min. Og Fernandes. Órgão julgador: Segunda turma. Data do julgamento: 12/02/2015. Data da publicação: DJe 27/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EREsp 1.354.348/RS**. Rel. Min. Moura Ribeiro. Órgão julgador: Segunda Seção. Data do julgamento: 25/11/2015. Data da publicação: DJe 27/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.245.812/RS**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Órgão julgador: Segunda turma. Data do julgamento: 21/06/2011. Data da publicação: DJe 01/09/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 771.853/MT**. Relator: Eliana Calmon. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 02/02/2010. Data da publicação: DJe 10/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 840.864/SP**. Relator: Ministra Eliana Calmon. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 17/04/2007, Data da publicação: DJ 30/04/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.412.433/RS**. Relator: Min. Herman Benjamin. Órgão julgador: Primeira Seção. Data do julgamento: 25/04/2018. Data da publicação: DJe 28/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1316921/RJ**. Rel. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Órgão julgador: Terceira turma. Data do julgamento: 26/06/2012. Data da publicação: DJe 29/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1599042/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta turma. Data do julgamento: 14/03/2017, Data da publicação: DJe 09/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1678429/SP**. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Órgão julgador: Terceira turma. Data do julgamento: 28/08/2018. Data da publicação: DJe 17/09/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 684.442/RS**. Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux. Órgão julgador: Primeira turma. Data do julgamento: 03/02/2005. Data da publicação: DJ 05/09/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 913.711/SP**. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 19/08/2008. Data da publicação: DJe 16/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 9**. Relatora para o acórdão: Min. Ellen Gracie. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 13/12/2001. Data da publicação: 23/04/2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação jurídica de consumo. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Do direito privado na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1989.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPodivm, 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA. **Code de la consommation**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 25 fev. 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder; FARIA, Luzardo. A proteção jurídica do usuário de serviço público entre o Direito Administrativo e o Código de Defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311 - 336, set./dez. 2016, p. 313.

ITÁLIA. **Codice del consumo**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/03/19/codice-del-consumo>. Acesso em: 25 fev. 2019.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. **Direito do consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

LAZARI, Rafael José Nadim de; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Revisitando a interrupção dos serviços públicos face ao inadimplemento do usufruidor e o princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo: NDJ, ano 33, n. 8, p. 712-721, ago. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

MOURA, Mário Aguiar. O poder público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor. **Repertório de Jurisprudência IOB**. São Paulo. 2ª quinzena de abril, 1992.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Método, 2019.

RIVERA, Luis José Béjar. **Uma aproximação à teoria dos serviços públicos**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

Recebido em: 29 mar. 2019.

Aceito em: 7 jun. 2019.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO RURAL PESSOA FÍSICA: NECESSIDADE DE PRAZO MÍNIMO DE INSCRIÇÃO NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS

Roberto Lincoln Gomes Júnior

Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7, Ceará

Ernani Soares

Universidade Federal do Ceará – UFC, Ceará

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar se o empresário rural pessoa física, registrado há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que exerce atividade empresária por período superior a dois anos, poderá pedir recuperação judicial e ter deferido o processamento do benefício. Para tanto, traça-se um breve contexto da evolução das teorias do direito comercial, especialmente a teoria da empresa, adotada pelo Código Civil, e a disciplina do empresário rural. Em pó, busca-se interpretar e comentar a interpretação que os tribunais pátrios e a doutrina conferem ao *caput* do artigo 48 da Lei nº 11.101/2005, o qual exige que o devedor exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos à data do pedido para poder pedir recuperação judicial. Também são examinados projetos de lei existentes que tratam da questão, especificamente o Projeto de Lei nº 6.279/2013 e o Projeto de Lei nº 10.220/2018. Ao final, conclui-se que, apesar da controvérsia existente, o empresário rural pessoa física, registrado há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que exerce atividade empresária por período superior a dois anos, pode pedir recuperação judicial e ter deferido o processamento do benefício.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comercial. Recuperação judicial. Empresário rural.

The Judicial Recovery of the Rural Entrepreneur: Minimum Time Required for Registration in the Public Registry of Mercantile Companies

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze if the rural entrepreneur, registered less than two years in the Public Register of Mercantile Companies, but who carries out business activity for a period of more than two years, may request judicial recovery and have deferred processing of the benefit. In order to do so, a brief context of the evolution of theories of commercial law is drawn, especially the theory of the company, adopted by the Civil Code, and the discipline of the rural entrepreneur. After, it seeks to interpret and comment on the interpretation that the courts of law and doctrine confer on Article 48 of Law 11,101 / 2005, which requires that the debtor regularly carries out his activities more than two years before the date of the request for to seek judicial recovery. Existing bills dealing with the issue are also examined, specifically Bill 6,279 / 2013 and Bill 10,220 / 2018. In the end, it is concluded that, despite the existing controversy, the rural entrepreneur, registered less than two years ago in the Public Register of Mercantile Companies, but who carries on business for more than two years, can request judicial recovery and processing of the benefit.

KEYWORDS: Commercial Law. Judicial Recovery. Rural entrepreneur.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar se o empresário rural pessoa física, registrado há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que exerce atividade empresária por período superior a dois anos, poderá pedir recuperação judicial e ter deferido o processamento do benefício. Pretende-se, portanto, interpretar e comentar a interpretação que os tribunais pátrios e a doutrina conferem ao art. 48 da Lei nº 11.101/2005 (“Lei de Recuperações e Falências”, ou simplesmente “LRF”), o qual exige que o devedor exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos à data do pedido para poder pedir recuperação judicial.

A controvérsia, existente tanto na jurisprudência quanto na doutrina, dá-se porque, para uma corrente, o exercício regular da atividade empresária rural¹ tem início com a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis; para outra, o exercício regular da atividade empresária rural prescinde do registro, iniciando-se no momento em que se façam presentes os requisitos para a caracterização de uma atividade como empresária (art. 966, *caput*, do Código Civil).

Conforme será exposto, atualmente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda não possui entendimento definitivo sobre a matéria, mas tão somente decisões individuais e posicionamentos isolados, estando pendente o julgamento de diversos recursos especiais sobre a matéria.

A relevância do tema pode ser demonstrada, mais do que pela ausência de uma posição consolidada dos tribunais superiores, pela própria relevância das atividades ligadas ao agronegócio no Brasil, que corresponde a 23,6% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro², e, ainda considerando o cenário econômico adverso encontrado nos últimos anos, pelo grande número de empresários rurais em dificuldade financeira – apesar de o setor se sobressair frente aos demais³ –, os quais poderiam se utilizar do instituto da recuperação judicial para a reestruturação da sua atividade e para a manutenção de sua função social.

¹ A Instrução Normativa SRF 83/2001, da Secretaria da Receita Federal, que dispõe sobre a tributação dos resultados da atividade rural das pessoas físicas, considera como atividade rural, em seu art. 2º: *i*) agricultura; *ii*) pecuária; *iii*) extração e a exploração vegetal e animal; *iv*) apicultura; *v*) avicultura; *vi*) cunicultura; *vii*) suinocultura; *viii*) sericicultura; *ix*) piscicultura e outras culturas de pequenos animais; *x*) captura de pescado com características artesanais; *xi*) transformação de produtos decorrentes da atividade rural, sem que sejam alteradas as características do produto *in natura*, feita pelo próprio agricultor ou criador, utilizando exclusivamente matéria-prima produzida na área rural explorada, tais como: *a*) beneficiamento e transformação de produtos agrícolas, zootécnicos e florestais; e *b*) produção de embriões de rebanho em geral, alevinos e girinos, em propriedade rural, independentemente de sua destinação (reprodução ou comercialização). Considera-se, também, atividade rural, nos termos do art. 59 da Lei nº 9.430/1996, o cultivo de florestas que se destinem ao corte para comercialização, consumo ou industrialização. Sobre as atividades que não consistem em atividades rurais, veja-se o art. 4º da Instrução Normativa SRF 83/2001, da Secretaria da Receita Federal. BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 83 de 16 de outubro de 2001**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14387>. Acesso em: 31 mar. 2019.

² CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA NO BRASIL. **Panorama do Agro**. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>. Acesso em: 27 mar. 2019.

³ Desde 2007, excetuando-se em 2014, o superávit comercial do agronegócio brasileiro tem mais que superado o déficit comercial dos demais setores da economia brasileira e garantido sucessivos superávits à balança comercial brasileira. Além disso, em 2014, a participação do agronegócio no PIB brasileiro consistia em 20,4%, aumentando para 21,4% em 2015 e 23,6% em 2016. CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA NO BRASIL. **Panorama do Agro**. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>. Acesso em: 27 mar. 2019.

1. A CARACTERIZAÇÃO DO EMPRESÁRIO E O PRODUTOR RURAL

Após passar por sucessivas fases, respectivamente, as fases subjetiva⁴ e objetiva⁵, o direito comercial retornou ao critério subjetivo de avaliação da atividade comercial⁶, sendo aplicado àqueles que exercem a empresa, esta no seu perfil funcional (atividade), conforme descrito por Alberto Asquini⁷.

Ao adotar como inspiração o *Codice* italiano de 1942, que consagrou a teoria apontada acima, o Código Civil Brasileiro de 2002 (“CC/2002”), em seu art. 966, *caput*, previu que o empresário é quem “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços*”.

Assim, depreende-se que empresa, em seu perfil funcional, seria atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Consoante dispõe Tullio Ascarelli⁸, a atividade efetivamente exercida constitui um fato, e um fato para cuja relevância jurídica a vontade do sujeito é indiferente, não só quanto às conseqüências. Também como destaca Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França⁹, atividade empresária é um fato jurídico, pois quem a exerce está sujeito ao regime jurídico do empresário, independentemente de sua vontade; ou seja, quem exerce atividade de empresário, independentemente de sua vontade, está sujeito ao regime jurídico do empresário.

Enquanto fato, portanto, a atividade não pode ser considerada nula ou inválida, atributos exclusivos dos atos, mas tão somente lícitas ou ilícitas, regulares ou irregulares¹⁰. Daí porque o empresário que exerce atividade empresária, sem registro, mesmo o art. 967 do CC/2002 obrigando-lhe a fazer previamente ao início do exercício de empresa, é tido como empresário irregular, não sendo ignoradas eventuais obrigações assumidas no exercício da atividade.

Para o empresário rural, todavia, foi previsto um regime distinto de todos os outros. Conforme preleciona o art. 971 do CC/2002, “*o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro*”. Percebe-se, portanto, que, para o empresário rural, o registro consiste em uma faculdade, a qual, se exercida, equiparar-lhe-á ao empresário sujeito a registro.

⁴ Período em que o direito comercial seria aplicado àqueles que estivessem registrados em corporação de artes e ofícios. Ver: ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil**, n. 103, pp. 87-100, jul./set., 1996.

⁵ Período em que o direito comercial seria aplicado àqueles que praticassem costumeiramente atos de comércio. Ver: CAVALLI, Cássio. **Direito Comercial: Passado, Presente e Futuro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 65-79.

⁶ ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 119, pp. 236-254, jul./set., 2000, p. 237.

⁷ Ver: COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 104, pp. 116-117, out./dez., 1996. Tradução do original: ASQUINI, Alberto. Profilli dell'impresa. **Rivista di Diritto Commerciale**, 1943, v. 41, I.

⁸ ASCARELLI, Tullio. O empresário. **Revista de Direito Mercantil**, n. 109, jan./mar., pp. 183/189, 1998, p. 187.

⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, Empresário e Estabelecimento: A Nova Disciplina das Sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 518.

¹⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, Empresário e Estabelecimento: A Nova Disciplina das Sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 519.

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

Disso surgem duas controvérsias: enquanto não efetuar a inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário rural consiste, ou não, em empresário; e, ao exercer atividade empresária sem a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, a atividade exercida pelo empresário rural se configura, ou não, como regular.

A primeira controvérsia cinge-se à discussão sobre a natureza do registro facultado ao empresário rural, se constitutivo ou declaratório.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto afirma que a inscrição do empresário rural será constitutiva da qualidade de empresário porque se erige em ato determinante de sua sujeição ao regime jurídico do direito de empresa¹¹.

Gustavo Saad Diniz¹², por seu turno, defende que, pelo teor do art. 971 do CC/2002, o produtor rural já é considerado empresário; o registro, facultativo, serviria à equiparação ao empresário comum para todos os fins¹³.

Defende-se, aqui, que o registro seja uma faculdade ao produtor rural que atende às condições do art. 966, *caput*, do CC/2002, para que se equipare ao regime jurídico do empresário comum. Daí porque o próprio art. 971 do CC/2002 já faz menção ao ‘empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão’. Ou seja, para o CC/2002, o agente que exerça profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, de cunho rural, é empresário, independente do registro, servindo este para sua equiparação ao empresário ao empresário comum para todos os efeitos.

Quanto à regularidade, ou não, da atividade exercida pelo empresário rural sem registro, em virtude de a inscrição ser uma faculdade ao empresário rural, e não uma obrigação, não se cogita classificar sua atividade como irregular.

Nesse sentido, Ivo Waisberg aponta que “[a] falta de registro, por outro lado, não impede a qualificação de sua atividade como empresarial nem a regularidade desta atividade”¹⁴. Manoel Justino Bezerra Filho¹⁵, do mesmo modo, destaca que a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não é elemento regularizador da atividade, mas apenas elemento de mudança da conceituação da atividade, que era civil e passa a ser empresária.

Assim, diferente do empresário comum, cuja atividade, caso não tenha havido a inscrição – obrigatória – no Registro Público de Empresas Mercantis, reputa-se irregular, o empresário rural, se não tiver feito sua inscrição – facultativa –, exerce atividade empresária regularmente. Mesmo que se entendesse que o registro, no caso, teria natureza constitutiva, não se cogitaria falar em irregularidade da atividade empresária, justamente por inexistir atividade empresária,

¹¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa**: Comentários aos arts. 966 a 1.195. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. XVII, pp. 60-61.

¹² DINIZ, Gustavo Saad. Produtor rural. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/211/edicao-1/produtor-rural>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹³ Opinião também compartilhada por Ivo Waisberg, para quem: “[s]e o empresário rural optar por se registrar, então será equiparado, para todos os efeitos, ao empresário não rural sujeito a registro, aplicando-se a ele, integralmente, o regime jurídico empresarial, sem qualquer distinção e nas mesmas condições aplicadas a qualquer outro empresário. A falta de registro, por outro lado, não impede a qualificação de sua atividade como empresarial”. WAISBERG, Ivo. A Viabilidade da Recuperação Judicial do Produtor Rural. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, out./2016, n. 131, pp. 83-90, 2016, p. 86.

¹⁴ WAISBERG, Ivo. A Viabilidade da Recuperação Judicial do Produtor Rural. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, out./2016, n. 131, pp. 83-90, 2016, p. 86.

¹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005. Comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

mas tão somente atividade civil. Desse modo, seja qual for o entendimento acerca da natureza do registro para o empresário rural – constitutivo ou declaratório –, não cabe reputar como irregular o exercício da atividade empresária pelo empresário rural que não efetuou sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO RURAL PESSOA FÍSICA

Conforme indicador do Serasa Experian¹⁶, 2018 foi o ano em que mais empresários e sociedades empresárias do setor primário pediram recuperação judicial desde a criação do instituto, com a edição da Lei nº 11.101/2005. Foram 94 requerimentos em 2018, contra 47 em 2017, 93 em 2016, 44 em 2015 e 29 em 2014, apenas para citar os últimos cinco anos.

Em que pese ‘setor primário’ não corresponder exclusivamente às atividades rurais, ao englobar, por exemplo, as atividades de mineração, o dado informado acima é um indicativo de que cada vez mais empresários e sociedades empresárias cuja atividade-fim seja rural estão recorrendo à recuperação judicial para a superação do estado de crise econômica-financeira.

Nesse sentido, destaque-se, primeiramente, que a Lei nº 11.101/2005 não veda a utilização do instituto por empresários ou sociedades empresárias rurais. Em seu art. 2º, a Lei nº 11.101/2005 impede o acesso ao instituto da recuperação judicial às empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. Não há qualquer vedação expressa, portanto, aos empresários e sociedades empresárias que exerçam atividade empresária rural.

Em contrapartida, a Lei nº 11.101/2005, em seu art. 1º, prevê a possibilidade de que quaisquer empresários ou sociedades empresárias, excetuando-se os listados acima, possam se utilizar da recuperação judicial, sendo intitulados de ‘devedor’.

No art. 48, *caput*, a Lei nº 11.101/2005 exige que o devedor, para requerer recuperação judicial, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos. Faculta-se, no §2º do mesmo art. 48 da Lei nº 11.101/2005, que o empresário rural pessoa jurídica comprove o prazo estabelecido no *caput* por meio da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) que tenha sido entregue tempestivamente.

Por fim, no que importa ao estudo do tema, o art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005 dispõe como um dos documentos essenciais à instrução do pedido de recuperação judicial a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas Mercantis.

Diante do exposto, observam-se basicamente três exigências: para requerer recuperação judicial, o devedor deverá ser empresário ou sociedade empresária, deverá estar inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis – pois somente quem ali está registrado obtém certidão de regularidade do órgão – e deverá comprovar o exercício regular de suas atividades por mais de dois anos.

¹⁶ SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos:** Recuperações Judiciais Requeridas. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/serasaexperian-site-institucional-wp-content/wp-content/uploads/2019/03/12124217/FA-CONS.zip>. Acesso em: 29 mar. 2019.

Em que pese a exigência do art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005, registre-se, aqui, que, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.193.115/MT pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Ministra Nancy Andrighi, ora na relatoria do recurso, votou pelo seu provimento, defendendo a possibilidade de produtores rurais, não registrados no Registro Público de Empresas Mercantis à data do pedido de recuperação judicial, ajuizarem e terem deferida a recuperação judicial. Na ocasião, em que o seu voto foi vencido por todos os outros Ministros da Terceira Turma, a Ministra Nancy Andrighi fundamentou sua posição no Enunciado nº 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal¹⁷, no argumento de que o produtor rural prescinde de inscrição para ser qualificado como empresário e na defesa da natureza declaratória do registro¹⁸.

Nota-se, contudo, que, na ocasião, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não adentrou na discussão quanto à necessidade de a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis ter sido efetuada há mais de dois anos pelo empresário rural, consignando, tão somente, a exigência de que o produtor rural deve estar registrado na ocasião do pedido e que a jurisprudência jamais havia dispensado a inscrição para o pedido de recuperação judicial¹⁹.

¹⁷ CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil**. Enunciado nº 198. Brasília/DF, 2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁸ Veja-se trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp nº 1.193.115/MT. “A Lei 11.101/05, conforme estabelecido em seu art. 1º, “disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, remetendo seu intérprete, assim, ao conceito legal contido no art. 966 do CC. Segundo se infere dessa norma, **empresário é a pessoa, física ou jurídica, que exerce de forma habitual e organizada atividade econômica voltada à produção ou à circulação de bens ou de serviços**. Nessa medida, quem se dedica ao exercício profissional de atividade econômica organizada, ainda que de natureza agrícola ou pecuária, produzindo ou promovendo a circulação de bens ou serviços, deve ser considerado empresário. É importante destacar que – ao contrário do que ocorre com o empresário mercantil (art. 967 do CC) – o empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão **não está obrigado a inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis**, segundo texto expresso do art. 971 do CC. Ademais, ainda que a lei exija do empresário, como regra, inscrição no Registro de Empresas, convém ressaltar que sua qualidade jurídica não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional. Não por outro motivo, entende-se que a natureza jurídica desse registro é declaratória, e não constitutiva. A respeito do tema, revela-se oportuna a leitura do enunciado n. 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (cujas conclusões servem como orientação legítima para interpretação do Código Civil): A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário. Avançando na análise da questão posta a desate, vale frisar que a Lei de Falência e Recuperação de Empresas exclui expressamente de seu âmbito de incidência, a teor do art. 2º, somente as empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras, de consórcios, seguradoras e outras a elas equiparadas. Sua aplicabilidade, portanto, salvo essas exceções, destina-se à generalidade de pessoas físicas e jurídicas que ostentam a qualidade de empresário (art. 1º). Sob distinto norte, contudo, não se desconhece que a norma do art. 48, caput, da LFRE estipula que apenas “poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos”. É certo, por um lado, que, em regra, a regularidade de exercício da atividade empresarial é condição que pressupõe, para sua configuração, a efetiva inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Por outro lado, todavia, há de se considerar, como já mencionado, que a inscrição do empresário rural no Registro de Empresas não é obrigatória, de modo que o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência de registro. Ao lidar com a matéria, deve-se atentar, igualmente, à necessidade imposta pelo art. 970 do CC de se dispensar, no que concerne ao registro e seus efeitos, tratamento diferenciado e simplificado ao empresário rural, de modo a facilitar a continuidade e a manutenção de suas atividades”. BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp nº 1.193.115/MT. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 20/08/2013. Data de Publicação: 07/10/2013. Grifos originais.

¹⁹ Veja-se trecho do voto do Ministro Sidnei Benetti, Relator p/ Acórdão, no julgamento do REsp nº 1.193.115/MT “A jurisprudência, é certo, já dispensou a exigência de comprovação documental, inscrição na Junta Comercial durante todo o período mínimo de dois anos, mas jamais dispensou a exigência legal de comprovação da documental

Nesse mesmo sentido, defendendo a exigência de inscrição prévia ao pedido de recuperação judicial, Ivo Waisberg, por exemplo, afirma que o art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005 é claro ao exigir que qualquer empresário possua registro no momento do pedido da recuperação judicial²⁰.

A controvérsia, portanto, cinge-se quanto à possibilidade de o empresário rural pessoa física, inscrito há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, ajuizar e ter deferido o pedido de recuperação judicial. Isso porque, conforme a exigência do art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, na ocasião do pedido, o devedor deverá ter exercido atividade regular por mais de dois anos, lembrando-se que, para o empresário rural pessoa jurídica, há previsão expressa, no art. 48, §2º, da Lei nº 11.101/2005, de que o exercício de atividade por esse período poderá ser comprovado por meio da DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.

No âmbito da jurisprudência, percebe-se que há tribunais pátrios que entendem que se faz necessária a inscrição do empresário rural para ser aferida a regularidade de sua atividade, enquanto outros tribunais entendem que o exercício regular da atividade prescinde de inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJ/MT), por exemplo, possui sólida jurisprudência^{21,22} no sentido de exigir do empresário rural a inscrição por período superior a dois anos para o ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

da condição de comerciante, documento esse que constitui documento substancial que necessariamente deve vir com a petição inicial ou no prazo de aditamento da inicial (CPC, art. 284). Com efeito, apenas se admitiu, como noticiado em nota do repertório de THEOTÔNIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO G. GOUVÊA, LUÍS GUILHERME A. BONDILO e JOÃO FRANCISCO N. DA FONSECA (“CPC”, S. Paulo, Saraiva, 45ª ed., 2013, p. 1523, nota 1ª ao art. 48 da Lei 11.101/2005) que “o requisito “exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido de recuperação judicial” não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido” (JTJ 336/644: AI 604.160-4/8-00). De qualquer forma, a inscrição no registro de comércio exige-se, necessariamente, antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, não havendo como suprir-se pela inscrição posterior, como no caso, em que, como constante do Acórdão recorrido, veio, essa inscrição, a dar-se 55 dias após o ingresso do pedido de recuperação em Juízo”. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.193.115/MT. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andriighi, Relator p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Trecho do voto do Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 20/08/2013. Data de Publicação: 07/10/2013.

²⁰ WAISBERG, Ivo. A Viabilidade da Recuperação Judicial do Produtor Rural. Revista do Advogado. Ano XXXVI, out./2016, n. 131, pp. 83-90, 2016, p. 88.

²¹ AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EMPRESÁRIOS RURAIS - EXCLUSÃO DA RECUPERAÇÃO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - SUSPENSÃO DAS INSCRIÇÕES NOS ÓRGÃOS DE INADIMPLÊNCIA E PROTESTO - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL - FIXADOS MODERADAMENTE - RECURSO DESPROVIDO. **Para requerer a recuperação judicial é necessária a comprovação da inscrição no registro de comércio há pelo menos 02 (dois) anos antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial, a exegese dos artigos 48 e 51 ambos da Lei Federal n. 11.101/2005.** [...]. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 0074859-48.2016.8.11.0000. Quinta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva. Data de Julgamento: 07/12/2016. Data de Publicação: 13/12/2016. Grifou-se.

²² RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL OU INTERNO (ART. 1.021, DO NCPC) - **RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EMPRESÁRIO RURAL - COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL POR MAIS DE DOIS ANOS - NECESSIDADE - CARÁTER CONSTITUTIVO DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO** - PRECEDENTE STJ - RAZÕES QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - RECURSO DESPROVIDO. Se as razões do agravo regimental ou interno (art. 1.021, do NCPC) não infirmam os fundamentos da decisão agravada, de rigor o desprovemento do recurso. Conforme já decidiu o STJ, para o processamento de pedido de recuperação judicial de empresário rural, a prévia inscrição na Junta Comercial é indispensável, dada sua natureza constitutiva da condição de empresário. MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Agravo Regimental nº 0094921-12.2016.8.11.0000. Primeira Câmara Cível.

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

No julgamento do Agravo de Instrumento de nº 0074859-48.2016.8.11.0000, a Desembargadora Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva, do TJ/MT, em seu voto, destacou, após fazer referência aos arts. 48, *caput*, e 51, inc. V, ambos da Lei nº 11.101/2005, e ao art. 971 do CC/2002, que os produtores rurais estão excluídos da recuperação judicial se seu registro na Junta Comercial não contar com pelo menos dois anos, ainda que desempenhem suas atividades econômicas há mais tempo, porquanto tal registro seria indispensável para a caracterização da sua condição de empresário.

No mesmo sentido, precedentes mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA)²³, superando o entendimento até então dominante de que a comprovação do exercício regular da atividade empresarial pelo empresário rural prescindiria da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis²⁴.

No julgamento do Agravo de Instrumento de nº 016232537.2016.8.05.0909, os Desembargadores do TJ/BA demonstraram preocupação quanto à utilização da recuperação judicial por empresários recém inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis, notadamente quanto ao empresário ter contraído dívidas enquanto pessoa física para, logo em seguida, registrar-se e

Relatora Desembargadora Nilza Maria Pôssas de Carvalho. Data de Julgamento: 08/11/2016. Data de Publicação: 14/11/2016. Grifou-se.

²³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRODUTOR RURAL. DESCUMPRIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL INSERIDO NO ART. 48, CAPUT, DA LEI DE FALÊNCIA. NATUREZA CONSTITUTIVA, E NÃO DECLARATÓRIA, DO REGISTRO NA JUNTA COMERCIAL. PREJUÍZO AOS CREDORES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. INEXISTÊNCIA. 1. A exigência do art. 48, *caput*, da Lei de Falência, referente ao exercício regular das atividades empresariais por, no mínimo 2 (dois) anos, não constitui mera formalidade, possível de ser relevada pelo julgador em nome da função social da empresa, da conservação dos empregos e da retomada do crescimento econômico do país; pelo contrário, a exigência temporal destina-se a evitar a utilização abusiva da recuperação judicial e assegurar que importante instituto não seja utilizada de má-fé, com o mero intuito de frustrar a satisfação dos direitos dos credores, o que traria prejuízos não só para estes, como também para toda a sociedade. 2. Para o produtor rural, o registro na Junta Comercial tem natureza constitutiva, e não declaratória, razão pela qual aquele que deixar de realizá-lo não será considerado empresário e permanecerá regido pelas regras do direito civil, sendo-lhe vedada a aplicação dos institutos previstos na Lei de Falência, inclusive a recuperação judicial. Enunciados 201 e 202, da III Jornada de Direito Civil. Precedentes do STJ. 3. Haveria clara violação ao princípio da segurança jurídica se o produtor rural pudesse celebrar contratos e contrair dívidas como pessoa física, para, logo em seguida, tornar-se empresário individual e buscar a aplicação dos benefícios previstos na Lei de Falência, obstando, assim, as ações individuais de execução ajuizadas por seus credores. 4. Na hipótese, descabe o pedido de recuperação judicial realizado pelos agravados Heinz Kudieess e Jerusa Gambatto Kudieess, por duas razões: em primeiro lugar, porque não atendem ao requisito do art. 48, *caput*, da Lei de Falência, isto é, no momento do pedido, não exerciam atividades como empresários há mais de 2 (dois) anos, mas tão somente há três meses; em segundo lugar, porque o registro na JUCEB teve o único e exclusivo intuito de viabilizar o pedido de recuperação judicial, e, assim, frustrar a satisfação do crédito milionário de seus credores, inclusive a ora agravante. Agravo de instrumento conhecido e provido por maioria. BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento de nº 016232537.2016.8.05.0909. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Ivanilton Santos da Silva. Data de Publicação: 04/04/2018. Grifou-se.

²⁴ PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATIVIDADE RURAL. REGULARIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. BIÊNIO QUE PODE SER AFERIDO COM A SIMPLES MANUTENÇÃO E CONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário e a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido na legislação de regência, devendo ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade do próprio exercício da atividade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1193115/MT). In casu, apesar dos agravados não possuírem dois anos de inscrição na Junta Comercial, o fizeram antes do ajuizamento da ação e comprovaram exercer a atividade rural por período superior ao biênio previsto em lei, inexistindo óbice ao processamento da recuperação judicial. BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento nº 001339758.2016.8.05.0000. Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Augusto Albiani Alves Junior. Data de Publicação: 09/03/2017. Grifou-se.

ajuizar o pedido de recuperação judicial, submetendo aos efeitos do processo o passivo adquirido quando pessoa física.

No mesmo sentido, Raquel Stajzn afirma que o prazo de dois anos de regular exercício da atividade, demonstrado mediante a apresentação de certidão da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, tem como função justamente “*evitar oportunismos, isto é, a obtenção de vantagem ou benefício por quem, aventurando-se e assumindo riscos, exercesse atividade econômica sem, para tanto, estar devidamente matriculado, na forma do previsto no Código Civil para qualquer empresário, pessoa natural ou jurídica*”²⁵.

Nelson Abrão, comentando o tema ainda na vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, sustentava a necessidade de se aferir a regularidade da atividade empresária por dois anos a partir da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis, sob a justificativa de que, sem a exigência do registro por esse período, “*surgiriam da noite para o dia, como cogumelos, aqueles que se estabeleceram na véspera para, no dia seguinte, sob o beneplácito da lei, propor a liquidar os seus débitos na base de cinquenta por cento*”²⁶.

Em parecer jurídico sobre a matéria acostado às fls. 482/502 do Agravo de Instrumento de nº 2005580-50.2018.8.26.0000, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Alfredo de Assis Gonçalves Neto²⁷ também ressalta o propósito do disposto no art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, qual seja de impedir que seja criado um entre com a finalidade precípua de angariar recursos e assumir débitos para, por meio da recuperação judicial, saldá-los legalmente com abatimento ou dilação de prazo excepcionais.

Contudo, ao comparar a disposição do art. 48, *caput*, da Lei nº 11.101/2005, que prevê a necessidade de o devedor “exercer regularmente suas atividades”, com o art. 158, inc. I, do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que previa a necessidade de o devedor “exercer regularmente o comércio”, Alfredo de Assis Gonçalves Neto²⁸ destaca que a nova legislação expandiu o alcance da anterior, pois não impõe que as atividades tenham tido natureza empresarial por todo o biênio. Assim, consigna o autor que “*um agricultor não optante pela inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis pode somar o seu período de exploração da terra com o que lhe sobrevier a partir do momento em que fizer essa inscrição*”²⁹. Sobre o argumento contrário de que, em virtude de a inscrição, para o empresário rural, ter natureza constitutiva da condição de empresário, não seria possível o pedido de recuperação judicial por produtor com menos de dois anos de registro, o autor ainda destaca:

Pode-se argumentar que, em se tratando de produtor rural, sua inscrição nesse registro é constitutiva da qualidade de empresário e, por isso, não seria possível fazer tal paralelo. Ocorre que o fato de a inscrição outorgar ao ruralista a qualidade de empresário não significa apagar o seu passado; trata-se de simples mudança de um regime

²⁵ STAJN, Raquel. Comentários ao art. 48. In: SOUSA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperações e Falência**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 225.

²⁶ ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1978, p. 191.

²⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016. Fl. 496 dos autos.

²⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016. Fl. 496 dos autos.

²⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016. Fl. 496 dos autos.

jurídico para outro. Se ele estava a exercer a atividade agrícola por tempo anterior a essa inscrição (sem registro algum, porque disso não dependia), contraiu obrigações e teve direitos que marcaram seu comportamento e que, de algum modo, poderiam ter contribuído para seu infortúnio financeiro. Ao se inscrever como empresário, o ruralista traz consigo todos esses direitos e obrigações oriundos de sua atividade rural anterior, que prossegue igual no novo regime. Negar essa evidência seria como impedir que uma sociedade empresária resultante da fusão de duas outras, computasse, no biênio exigido para requerer sua recuperação judicial os negócios havidos pelas fusionadas antes do seu nascimento. E o que dizer da sociedade resultante da cisão de outra já existente? Não há quem afaste, por esse motivo, o direito de essas sociedades novas pleitearem recuperação judicial pela soma temporal das atividades que assumiram, ocorridas antes de terem obtido a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis³⁰.

No mesmo sentido, Manoel Justino Bezerra Filho³¹ também defende a possibilidade, para a contagem do biênio exigido, que se some, ao período em que o empresário rural exerceu atividade empresária com registro arquivado, o tempo pelo qual o produtor desempenhou atividade sem inscrição. Defende o autor que a intenção do dispositivo é impedir que empresários com inabilidade acentuada, de tal forma que, em tão pouco tempo se chegue a uma situação de crise, tenham acesso ao instituto. Assim, para o empresário rural que exerce atividade há mais de dois anos, mesmo sem possuir inscrição por tal período, a lógica do impedimento não seria aplicável, pois o produtor comprova, com o exercício da atividade por tempo superior ao exigido, que não ostenta a inabilidade acentuada a qual o *caput* do art. 48 da Lei nº 11.101/2005 visa a coibir.

Nessa linha de pensamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui diversos precedentes recentes³²⁻³³⁻³⁴, em que se destaca, notadamente, a mera exigência de exercício de

³⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016. Fl. 497 dos autos.

³¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. Comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157.

³² Agravo de instrumento. Decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial dos agravados. Competência para o decreto de falência. Juízo do local do principal estabelecimento do devedor. Inteligência do art. 3º da Lei n. 11.101/05. **Recuperação judicial de empresários produtores rurais. Natureza declaratória do registro dos produtores rurais na JUCESP reconhecida.** Art. 971 do CC. Aplicação da teoria da empresa. Conceito jurídico de empresário determinado pelo efetivo exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, nos termos do art. 966, caput, do CC. **Art. 48, caput, da LRF que apenas exige que o empresário que pleiteia a recuperação judicial exerça suas atividades há mais de dois anos, nada dispondo sobre a necessidade de registro na Junta Comercial por igual período.** Processamento da recuperação que depende apenas da verificação formal dos requisitos objetivos dos arts. 48 e 51 da LRF. [...]. Recurso improvido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2152473-10.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Hamid Bdine. Data de Publicação: 09/11/2018. Grifou-se.

³³ “É certo que o registro mercantil só veio em setembro de 2.016, mas o que importa é que tenha sido feito antes do pedido recuperacional, que só foi distribuído no mês seguinte. Assim, não é difícil concluir que, se, para os empresários em geral, exige-se registro mercantil antecedente de dois anos para que possa requerer a recuperação judicial ou extrajudicial; o mesmo não sucede com os empresários rurais porque, para eles, o registro na Junta Comercial é facultativo. Exige-se, é certo, que o façam para deduzir o requerimento, mas estão dispensados de comprová-lo pelos dois anos antecedentes, bastando que comprovem o exercício da atividade por tal lapso de tempo”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2048349-10.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Trecho do voto do Exmo. Relator Desembargador José Araldo da Costa Telles. Data de Julgamento: 30/10/2017. Grifou-se.

³⁴ Recuperação judicial. Requerimento por produtores rurais em atividade por prazo superior àquele de 2 (dois) anos exigido pelo artigo 48, caput, da Lei nº 11.101/2005, integrantes de grupo econômico na condição de empresários individuais respaldados pelos artigos 966 e 971 do Código Civil e/ou de sócios das sociedades coautoras. Legitimidade reconhecida. **Irrelevância da alegada proximidade entre as datas de ajuizamento do feito e das prévias inscrições dos produtores rurais como empresários individuais na Junta Comercial do Estado de São Paulo. Firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a regularidade da atividade empresarial pelo biênio mínimo estabelecido no supramencionado dispositivo legal deve ser aferida pela constatação da manutenção e continuidade**

atividade por período superior a dois anos, não havendo disposição legal que obrigue o registro do empresário por igual período, bem como a natureza declaratória do registro do empresário rural, que exerceria atividade regularmente mesmo não possuindo inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

Outro fundamento, utilizado pelo Desembargador Alexandre Lazzarini no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 2005580-50.2018.8.26.0000, consiste na faculdade conferida aos empresários rurais pessoas jurídicas para que comprovem a regularidade de suas atividades por mais de dois anos por meio da apresentação da DIPJ, atual Escrituração Contábil Fiscal (ECF), que tenha sido entregue tempestivamente, de modo que não faria sentido dispensar tratamento mais rígido aos empresários rurais pessoas físicas, que não prestam as informações por meio do ECF:

“Destaca-se, de início, que os agravados, produtores rurais, realizaram seus registros perante a Junta Comercial antes do pedido de recuperação judicial.

Todavia, a credora agravante alega que esse registro deveria ter sido realizado há, pelo menos, 2 anos, para que pudesse ser requerida a recuperação judicial, conforme art. 48, caput, da Lei nº 11.101/05 (“Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 anos e que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente...”).

Tal alegação, contudo, não deve ser acolhida, pois, conforme o §2º do art. 48, da Lei nº 11.101/05, introduzido pela Lei nº 12.873 em 2013, “tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente”.

Entende-se, daí, que não é necessária a inscrição na Junta Comercial há pelo menos 2 anos para que o empresário produtor rural possa requerer a recuperação judicial, pois pode fazer prova do exercício da atividade rural por outro meio, que não a inscrição de seus atos constitutivos na Junta Comercial”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Trecho do voto do Exmo. Relator Desembargador Alexandre Lazzarini. Data de Julgamento: 09/05/2018.

Sobre este ponto, Alfredo de Assis Gonçalves Neto³⁵ ainda afirma que seria teratológica qualquer interpretação restritiva, que não conferisse o mesmo tratamento ao empresário rural pessoa física e às demais entidades excluídas da elaboração desse documento fiscal. Sustenta o autor que, para o empresário rural pessoa física, bastaria a comprovação por meio adequado que deixe inequívoca a regularidade do exercício de suas atividades por mais de dois anos.

Acompanhando o entendimento do TJ/SP, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ)³⁶ também possui recente precedente, firmado com o julgamento do Mandado de

de seu exercício, e não a partir da prova da existência de registro do empresário ou ente empresarial por aquele lapso temporal. Manutenção do deferimento do processamento da demanda. Agravo de instrumento desprovido”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2037064-59.2013.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador José Reynaldo. Data de Julgamento: 22/09/2014. Grifou-se.

³⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016. Fls. 499-499 dos autos.

³⁶ Mandado de Segurança com pedido de liminar. Direito Empresarial. Sociedade empresária e Empresário, em processo de recuperação judicial. **Inconformismo manifestado por instituição financeira credora com a decisão pela qual o juízo singular deferiu o processamento da recuperação judicial do empresário, que apesar de exercer a atividade rural há mais de dois anos, fez sua inscrição na Junta Comercial há menos de dois anos.** [...]. Previsão do

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

Segurança nº 0019729-80.2018.8.19.0000 pela Vigésima Segunda Câmara Cível daquele Tribunal, facultando ao empresário rural inscrito há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que exerça atividade por período superior a dois anos, o acesso ao instituto da recuperação judicial.

No voto que foi acompanhado por todos os demais desembargadores da Câmara, o Desembargador Carlos Eduardo Moreira da Silva destacou a facultatividade da inscrição do empresário rural no Registro Público de Empresas Mercantis, a inexistência de norma expressa que obrigue o exercício da atividade empresária mediante registro há mais de dois anos, de modo que a regularidade da atividade seria aferida pelo “exercício da atividade profissional”, e a possibilidade de se comprovar a regularidade mediante outro meio de prova diverso do registro³⁷.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda não há posicionamento definitivo sobre a matéria, salvo decisões monocráticas isoladas³⁸.

Código Civil no sentido da facultatividade de inscrição do produtor rural no órgão do Registro de Comércio. Existência de **entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que ao produtor rural deve ser deferida a recuperação judicial, desde que comprove o exercício de atividade econômica por, no mínimo, dois anos, ainda que o seu registro na junta comercial tenha ocorrido há menos tempo.** Inteligência do art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05: “tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.” Admissão pela Lei de Recuperação e Falência de que se prove o exercício da atividade rural por outro meio, que não a inscrição dos atos constitutivos na Junta Comercial. Jurisprudência das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJ/SP. **Ainda que a questão ainda não tenha sido pacificada pela jurisprudência, convém prestigiar o posicionamento mais liberal, que melhor se amolda ao princípio da preservação da empresa estampado na Lei nº 11.101, de 09/02/2005,** concebida com o objetivo de prestigiar a classe empresarial, mediante o reconhecimento da função da propriedade e a função social da empresa, estabelecendo que “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.” (art. 47, da Lei nº 11.101, de 09/02/2005). Denegação da ordem. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança de nº 0019729-80.2018.8.19.0000. 22ª Câmara Cível. Des. Relator Carlos Eduardo Moreira da Silva. Data de Julgamento: 06/11/2018. Grifou-se.

³⁷ “No tocante ao argumento de que o empresário individual Juarez Quintão Hosken não teria preenchido requisito temporal de inscrição na Junta Comercial no mínimo por (02) dois anos, antes da formulação do pedido de recuperação judicial, verifico que não importa na nulidade da decisão impugnada, a uma, porque o Código Civil prevê a facultatividade de inscrição do produtor rural no órgão do Registro de Comércio e, a duas, em razão da existência de entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que ao produtor rural deve ser deferida a recuperação judicial, desde que comprove o exercício de atividade econômica por, no mínimo, dois anos, ainda que o seu registro na junta comercial tenha ocorrido há menos tempo. De acordo com previsão expressa do art. 971 do Código Civil, é necessário que o empresário que pleiteia a recuperação judicial exerça suas atividades há mais de dois anos, nada dispondo sobre a necessidade de registro na Junta Comercial por igual período, devendo, assim, ser considerado empresário pelo exercício da atividade profissional, e não pela inscrição perante o órgão competente. Referida linha de interpretação encontra amparo, também, no artigo do art. 48, § 2º, da Lei nº 11.101/05: “tratando-se de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica DIPJ que tenha sido entregue tempestivamente.” Portanto, a Lei de Recuperação e Falência admite a prova do exercício da atividade rural por outro meio, que não a inscrição dos atos constitutivos na Junta Comercial”. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança de nº 0019729-80.2018.8.19.0000. 22ª Câmara Cível. Des. Relator Carlos Eduardo Moreira da Silva. Trecho do voto do Desembargador Relator. Data de Julgamento: 06/11/2018.

³⁸ “A inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis não é condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial a produtores rurais. Isso porque, apesar de a Lei 11.101/05, em seu art. 48, impor que o devedor, para se beneficiar da recuperação judicial, demonstre o exercício regular de suas atividades há mais de dois anos, o empresário rural, de acordo com o art. 971 do CC, não está obrigado a inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis. Além disso, sabe-se que a qualidade jurídica de empresário não é conferida pelo registro, mas sim pelo efetivo exercício da atividade profissional, consoante o enunciado 98 da III Jornada de Direito Civil. Assim, como a inscrição do empresário rural no registro de empresas não é obrigatória, o exercício de suas atividades não pode ser tido por irregular em virtude, unicamente, da inexistência do registro. Acrescente-se ainda a necessidade de se dispensar tratamento diferenciado e simplificado ao empresário rural, de modo a facilitar a continuidade e a

Registre-se, ainda, que, no STJ, houve a tentativa de afetação da matéria para o julgamento de Recursos Especiais no rito de recursos repetitivos, a qual, todavia, restou frustrada em virtude de a maioria dos Ministros ter entendido, no caso, que o tema ainda necessitaria ser objeto de discussões mais aprofundadas na instância superior antes de se chegar a um entendimento vinculante³⁹.

3. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO RURAL PESSOA FÍSICA E OS PROJETOS DE LEI Nº 6.279/2013 E Nº 10.220/2018

Por fim, vale destacar a existência do Projeto de Lei nº 6.279/2013⁴⁰ e do Projeto de Lei nº 10.220/2018⁴¹, os quais repercutem na disciplina da recuperação judicial do empresário rural.

Na justificativa do Projeto de Lei nº 6.279/2013, apresentado pelo Deputado Jerônimo Goergen, do Estado do Rio Grande do Sul, e que aguarda deliberação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), expõe o citado Deputado que haveria a necessidade de ser possibilitado o acesso do produtor rural, não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis, aos institutos da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial⁴².

Todavia, ao invés de alterar o próprio art. 1º da Lei nº 11.101/2005, que trata dos legitimados a requererem recuperação judicial (empresário e sociedade empresária), para conferir segurança jurídica aos produtores rurais não registrados que desejem ingressar com pedido de recuperação judicial, ou mesmo aditar ou incluir uma exceção ao art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005, que exige prova da inscrição perante o Registro Público de Empresas Mercantis, o Projeto de Lei nº 6.279/2013 tão somente altera a redação do art. 48, parágrafo segundo, da Lei nº 11.101/

manutenção de suas atividades, conforme disposto no art. 970 do CC. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ARsp nº 896.041/SP. (2016/0086265-2). Decisão Monocrática. Min. Relator: Marco Aurélio Belizze. Data de Publicação: 12/05/2016.

³⁹ PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC. ART. 257 RISTJ. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL. INSCRIÇÃO A MENOS DE DOIS ANOS NO REGISTRO PÚBLICO DE EMPRESAS MERCANTIS. ART. 971 CÓDIGO CIVIL. ARTS. 48, CAPUT, E 51, V, LEI 11.101/2005. 1. A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural (produtor rural) - pessoa física - requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido (art. 971 do Código Civil c/c arts. 48, caput, e 51, V, da Lei n. 11.101/2005). 2. Embora de grande relevância para o país, esta Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque. 3. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. 4. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos (art. 257-A, § 2º, RISTJ). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ProAfr no REsp nº 1.684.994/MT. 2017/0176137-8. Segunda Seção. Min. Relator: Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28/11/2017. Data de Publicação: 05/12/2017.

⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.279, de 05 de setembro de 2013**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.220, de 10 de maio de 2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>. Acesso em: 31 mar. 2019.

⁴² “Por outro lado, o ingresso do produtor no regime jurídico empresarial – que lhe permitira a utilização da recuperação judicial na forma que hoje está inscrita na Lei 11.101-2005 – facultado pelo art. 971, do Código Civil, além de não ter se popularizado entre os agricultores, condiciona a recuperação judicial ao registro prévio perante a Junta Comercial, pelo prazo de dois anos. Cria-se, pois uma lacuna na legislação brasileira, que não oferece mecanismos para a superação da crise do agricultor que não tenha optado pelo registro na Junta Comercial. Esta circunstância precisa ser corrigida mediante a viabilização da recuperação judicial, pelo procedimento regular ou mediante a apresentação do plano especial, e extrajudicial, como pretende o projeto ora apresentado”. BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.279, de 05 de setembro de 2013**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>. Acesso em: 29 mar. 2019.

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

2005, para fazer constar que “[t]ratando-se de exercício de atividade rural, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo com a declaração de imposto de renda”.

Pela questionável redação atual, ao invés de permitir o acesso à recuperação judicial ao empresário rural não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis – pois perduraria a exigência do art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005 –, o Projeto de Lei nº 6.279/2013 consistiria em mais um elemento a favor do empresário rural pessoa física em crise que tenha se registrado há menos de dois anos, mas que exerça atividade empresária por mais tempo, e que deseja ingressar com o pedido de recuperação judicial. Isso porque o exercício da atividade empresária, à época em que inexistente a inscrição, passaria a poder ser demonstrado com a Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física (DIRPF) do produtor rural.

Dessa forma, entende-se que a atual redação do Projeto de Lei nº 6.279/2013 não atende aos fins declarados em sua justificativa – possibilitar a utilização da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial pelo empresário rural não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis –, justamente porque permaneceria inalterada a exigência disposta no art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005, qual seja a de o devedor apresentar certidão de regularidade naquele órgão.

Por seu turno, o Projeto de Lei nº 10.220/2018, apresentado pelo Poder Executivo e que ainda se encontra em estágio inicial de tramitação, pretende ‘modernizar o sistema recuperacional e falimentar brasileiro’, alterando e incluindo, para tanto, diversos dispositivos na Lei nº 11.101/2005.

Antes do envio do referido Projeto de Lei ao Congresso Nacional, destaque-se que havia uma expectativa, pelo grupo de trabalho que inicialmente ficara encarregado de redigir a minuta do texto, de que o acesso ao instituto da recuperação judicial seria ampliado, dos “empresários” e das “sociedades empresárias”, para todos os “agentes econômicos”, o que permitiria o acesso dos produtores rurais, mesmo não inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis, ao benefício legal⁴³⁻⁴⁴.

Na versão final do Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional, contudo, não constou a alteração anteriormente pensada, mantendo-se, portanto, o acesso à recuperação judicial aos empresários e às sociedades empresárias. Da mesma forma, permanecem as exigências dos arts. 48, *caput*, e 51, inc. V, ambos da Lei nº 11.101/2005, referentes, respectivamente, ao exercício de atividade regular por mais de dois anos e à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis à data do pedido de recuperação judicial.

Apesar de inexistir qualquer alteração substancial à matéria aqui tratada pelo Projeto de Lei nº 10.220/201, registre-se a proposta de atualização à redação do art. 48, parágrafo segundo, da Lei nº 11.101/2005, o qual passaria a prever que “[n]a hipótese de exercício de atividade

⁴³ Veja-se trecho de matéria publicada no portal “Jota”: “Primeiramente, o texto abrange o leque de empresas autorizadas a pleitear a recuperação judicial ao substituir na Lei os termos “empresário” e “sociedade empresária” por “agentes econômicos”. Somente esta alteração irá permitir, por exemplo, que o produtor rural possa ser autor de um pedido de recuperação judicial, situação que há muito tempo vem sendo perseguida pelo agronegócio. A importância desta mudança tem caráter óbvio, uma vez que o setor sempre apresentou garantiu bons números à economia brasileira”. NETTO, Ângelo Guerra. Aspectos da Reforma da Lei de Recuperação Judicial. **Jota**. Publicado em: 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-da-reforma-da-lei-de-recuperacao-judicial-25092017>. Acesso em: 31 mar. 2019.

⁴⁴ No mesmo sentido, veja-se matéria publicada por Renaldo Limiro, em sua coluna no portal Rota Jurídica: LIMIRO, Renaldo. Marcantes Alterações na Lei de Recuperação Judicial. **Rota Jurídica**. Publicado em: 16 out. 2017. Disponível em: https://www.rotajuridica.com.br/coluna_2/marcantes-alteracoes-na-lei-de-recuperacao-judicial/. Acesso em: 31 mar. 2019.

rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput por meio da Escrituração Contábil Fiscal que tenha sido entregue tempestivamente”.

Assim, o Projeto de Lei nº 10.220/2018, em relação à recuperação judicial do empresário rural, tão somente substitui a faculdade de o empresário rural pessoa jurídica apresentar Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica pela apresentação da Escrituração Contábil Fiscal, que já se vem admitindo na prática, visto que, em 2015, a Receita Federal substituiu a DIPJ pela ECF.

CONCLUSÃO

Diante da análise da matéria tratada neste artigo, concernente à possibilidade de o empresário rural pessoa física, inscrito há menos de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis, mas que exerce atividade há mais de dois anos, ajuizar e ter deferida a recuperação judicial, observou-se existir três correntes de entendimento sobre a questão.

Para a primeira, sustentada pela Ministra Nancy Andrighi em seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 1.193.115/MT, o empresário rural pessoa física, ainda que não inscrito, poderia se utilizar do instituto da recuperação judicial com o fim de reestruturar o seu passivo, considerando a facultatividade do registro e o fato de o produtor rural prescindir da inscrição para ser considerado empresário.

Para a segunda corrente, sustentada notadamente por precedentes do TJ/MT e pelo entendimento mais recente do TJ/BA, o empresário rural necessariamente deve estar inscrito há mais de dois anos no Registro Público de Empresas Mercantis para ajuizar pedido de recuperação judicial. Isso porque, para os defensores desse pensamento, o registro, para o empresário rural, teria natureza constitutiva, e o exercício regular de atividade por mais de dois anos, exigência prevista no caput do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, somente restaria atendido se o empresário exercesse atividade empresária sob registro durante esse período.

Para a terceira corrente, sustentada notadamente por precedentes do TJ/SP e por recente precedente do TJ/RJ, o registro, para o empresário rural, teria natureza declaratória, de modo que o produtor rural exerce atividade empresária desde o momento em que preenchidos os requisitos do art. 966 do Código Civil. Além disso, considerando a facultatividade do registro, ao contrário da disposição existente para os demais empresários, a atividade empresária exercida pelo empresário rural não poderia ser reputada ‘irregular’. Para os defensores deste entendimento, ademais, o fato de a Lei nº 11.101/2005 exigir tão somente o exercício de ‘atividades’ há mais de dois anos, e não de inscrição por esse período, possibilitaria ao empresário rural somar o tempo de exercício de suas atividades antes da inscrição com o tempo posterior ao registro, visando à demonstração de sua regularidade há mais de dois anos. Por fim, em virtude de o parágrafo segundo do art. 48 da Lei nº 11.101/2005 possibilitar ao empresário rural pessoa jurídica provar, por meio diverso da inscrição, o exercício regular de atividade por mais de dois anos, não se poderia dispensar ao empresário rural pessoa física tratamento mais desfavorável.

Por todas as razões expostas pelos defensores de cada corrente, filia-se, aqui, ao entendimento de que o empresário rural deve estar inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis à data do pedido, em virtude da atual redação do inc. V do art. 51 da Lei nº 11.101/2005; todavia, a prova da regularidade da atividade empresária rural exercida há mais de dois anos, visando ao atendimento do requisito imposto pelo *caput* do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, prescinde da comprovação da inscrição do empresário rural pessoa física por esse período, bastando que o

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

empresário rural comprove, por qualquer meio de prova idôneo, o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, nos termos do art. 966 do Código Civil, por mais de dois anos.

Não obstante o entendimento ora defendido, observa-se que, em virtude de o próprio STJ ainda não ter se manifestado sobre a controvérsia em questão de forma definitiva, há incontestável insegurança jurídica em relação à matéria, havendo o risco de anulação dos atos praticados nos processos de recuperação judicial em andamento ajuizados por empresários rurais inscritos há menos de dois anos à data do pedido, tornando-se em vão o esforço despendido pelo devedor, e pelos próprios credores, visando ao seu soerguimento.

Adicionalmente, pela análise da atual redação do Projeto de Lei nº 6.279/2013, percebe-se que, se aprovado com o texto presente, ao invés de possibilitar o acesso à recuperação judicial ao empresário rural não inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis – intenção declarada nas justificativas do Projeto de Lei –, a tendência é que a nova disciplina sirva de mais um fundamento para que o empresário rural pessoa física inscrito há menos de dois anos, mas que exerça atividade empresária por tempo superior a dois anos, possa se valer do benefício da recuperação judicial.

Até que seja aprovado o Projeto de Lei nº 6.279/2013, ou mesmo ser inserida no Projeto de Lei nº 10.220/2018 alguma disposição acerca da questão, a tendência é que o STJ, considerando a pendência de julgamento de recursos especiais sobre a matéria, consolide jurisprudência sobre o tema e posteriormente, se for preciso, profira julgamento vinculante, como tentou-se fazer, em 2017, com a proposta de afetação dos REsp nº 1.686.022/MT, 1.684.994/MT e 1.685.994/MT ao rito de julgamento de recursos repetitivos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Curso de Direito Falimentar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

ALMEIDA, Betyna Ribeiro de. Aspectos da teoria jurídica da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 119, pp. 236-254, jul./set., 2000.

ASCARELLI, Tullio. O empresário. **Revista de Direito Mercantil**, n. 109, jan./mar., pp. 183/189, 1998.

ASCARELLI, Tullio. Origem do direito comercial. **Revista de Direito Mercantil**, n. 103, pp. 87-100, jul./set., 1996.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento nº 001339758.2016.8.05.0000. Primeira Câmara Cível. Relator Desembargador Mário Augusto Albiani Alves Junior. Data de Publicação: 09/03/2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo de Instrumento de nº 016232537.2016.8.05.0909. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Ivanilton Santos da Silva. Data de Publicação: 04/04/2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005**. Comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.220, de 10 de maio de 2018.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2174927>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.279, de 05 de setembro de 2013.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=590868>. Acesso em: 29 mar. 2019.

BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 83 de 16 de outubro de 2001.** Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=14387>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AResp nº 896.041/SP. (2016/0086265-2). Decisão Monocrática. Min. Relator: Marco Aurélio Belizze. Data de Publicação: 12/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ProAfR no REsp nº 1.684.994/MT. 2017/0176137-8. Segunda Seção. Min. Relator: Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 28/11/2017. Data de Publicação: 05/12/2017.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. REsp nº 1.193.115/MT. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, Relator p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 20/08/2013. Data de Publicação: 07/10/2013.

CAVALLI, Cássio. **Direito Comercial: Passado, Presente e Futuro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **III Jornada de Direito Civil.** Enunciado nº 198. Brasília/DF, 2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, n. 104, pp. 116-117, out./dez., 1996. Tradução do original: ASQUINI, Alberto. Profilli dell'impresa. **Rivista di Diritto Commerciale**, 1943, v. 41, I.

CONFEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA NO BRASIL. **Panorama do Agro.** Disponível em: <https://www.cnabrasil.org.br/cna/panorama-do-agro>. Acesso em: 27 mar. 2019.

DINIZ, Gustavo Saad. Produtor rural. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP.** Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopedi juridica.pucsp.br/verbete/211/edicao-1/produtor-rural>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, Empresário e Estabelecimento: A Nova Disciplina das Sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa.** São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: Comentários aos arts. 966 a 1.195.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, n. XVII.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Parecer jurídico juntado às fls. 482/502 dos autos do Agravo de Instrumento nº 2005580-50.2018.8.26.0000, interposto por “Tangará Importadora e

A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis

Exportadora S/A” em face de “José Serra Netto – ME”, em trâmite junto à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mediante consulta do advogado Ivo Waisberg. Curitiba/PR. Assinado em: 30 jun. 2016.

LIMIRO, Renaldo. Marcantes Alterações na Lei de Recuperação Judicial. **Rota Jurídica**. Publicado em: 16 out. 2017. Disponível em: https://www.rotajuridica.com.br/coluna_2/marcantes-alteracoes-na-lei-de-recuperacao-judicial/. Acesso em: 31 mar. 2019.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Agravo Regimental nº 0094921-12.2016.8.11.0000. Primeira Câmara Cível. Des. Relatora: Des. Nilza Maria Pôssas de Carvalho. Data de Julgamento: 08/11/2016. Data de Publicação: 14/11/2016.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 0074859-48.2016.8.11.0000. Quinta Câmara Cível. Des. Relatora: Cleuci Terezinha Chagas Pereira da Silva. Data de Julgamento: 07/12/2016. Data de Publicação: 13/12/2016.

NETTO, Ângelo Guerra. Aspectos da Reforma da Lei de Recuperação Judicial. **Jota**. Publicado em: 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-da-reforma-da-lei-de-recuperacao-judicial-25092017>. Acesso em: 31 mar. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança de nº 0019729-80.2018.8.19.0000. 22ª Câmara Cível. Des. Relator Carlos Eduardo Moreira da Silva. Data de Julgamento: 06/11/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2152473-10.2018.8.26.0000. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador Hamid Bdine. Data de Publicação: 09/11/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2048349-10.2017.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Trecho do voto do Exmo. Relator Desembargador José Araldo da Costa Telles. Data de Julgamento: 30/10/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2037064-59.2013.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator Desembargador José Reynaldo. Data de Julgamento: 22/09/2014.

SERASA EXPERIAN. **Indicadores Econômicos**: Recuperações Judiciais Requeridas. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/serasaexperian-site-institucional-wp-content/wp-content/uploads/2019/03/12124217/FACONS.zip>. Acesso em: 29 mar. 2019.

STAJN, Raquel. Comentários ao art. 48. In: SOUSA JR., Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperações e Falência**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.

WAISBERG, Ivo. A Viabilidade da Recuperação Judicial do Produtor Rural. **Revista do Advogado**. Ano XXXVI, out./2016, n. 131, pp. 83-90, 2016.

Recebido em: 31 mar. 2019.

Aceito em: 3 jun. 2019.

O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Karen Bissani

Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ, Santa Catarina

Reginaldo Pereira

Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ, Santa Catarina

RESUMO: O presente trabalho trata das relações entre o desenvolvimento e o planejamento urbano sustentável com base nas diretrizes definidas por documentos internacionais sobre mudanças climáticas. O artigo parte da hipótese de que o desenvolvimento urbano sustentável deveria ser uma diretriz definidora de políticas públicas e de modelos de governança voltados à proteção dos vulneráveis, que são os primeiros a sentir os impactos causados pelas mudanças climáticas. A preocupação da comunidade internacional com o tema é demonstrada a partir da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) de 1992, que buscou um padrão de crescimento econômico e social aliado à preservação ambiental e ao equilíbrio climático em todo o planeta. Na sequência o Protocolo de Kyoto de 1997 e o Acordo de Paris de 2015, que deram uma nova dinâmica ao processo de constitucionalização do regime jurídico internacional climático. Assim, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) de 2015, que dentre os 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável dedicou o objetivo número 13 à necessidade da adoção de medidas urgentes para a reversão das mudanças do clima e mitigação de seus impactos. Por fim, analisam-se as propostas apresentadas pelo governo brasileiro frente ao Acordo de Paris e quais as ações políticas foram implementadas para dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo país nos tratados internacionais sobre mudanças climáticas. A pesquisa é analítica e o método utilizado é o descritivo, com base em pesquisa bibliográfica realizada em meios impresso e digital.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos Internacionais Sobre Mudanças Climáticas. Desenvolvimento Urbano Sustentável. Governança.

Sustainable Urban Development and International Treaties on Climate Change

ABSTRACT: This paper deals with the relationship between development and sustainable urban planning based on the guidelines defined by international documents on climate change. The article starts from the hypothesis that sustainable urban development should be a defining guideline of public policies and governance models aimed at protecting the vulnerable, who are the first to feel the impacts caused by climate change. The international community's concern with the issue is demonstrated by the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), which sought a pattern of economic and social growth coupled with environmental preservation and climate balance around the globe. Following the Kyoto Protocol of 1997 and the Paris Agreement of 2015, which gave a new impetus to the process of constitutionalization of the international climate legal regime. Thus, the United Nations (UN) Agenda 2030, which among the 17 Global Objectives for Sustainable Development, dedicated the objective number

13 to the need to adopt urgent measures to reverse climate change and mitigate its impacts. Finally, we analyze the proposals presented by the Brazilian government regarding the Paris Agreement and what political actions were implemented to comply with the commitments made by the country in the international treaties on climate change. The research is analytical and the method used is descriptive, based on bibliographical research carried out in print and digital media.

KEYWORDS: International Agreements on Climate Change. Sustainable Urban Development. Governance.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas o desenvolvimento econômico mundial tem caminhado a passos largos, causando significativos efeitos na relação entre o ser humano e o meio ambiente. O grande desafio é unir o crescimento econômico com o desenvolvimento sustentável tratando o planejamento urbano e a preservação do meio ambiente de forma solidária, como políticas públicas que atuem efetivamente nas relações sociais.

No Brasil, os fundamentos da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, contidos na Constituição Federal de 1988, foram concebidos para assegurar à todos uma existência digna, segundo os ditames da justiça social. Porém, em um país de dimensões continentais, com um histórico de milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, as questões urbanística-ambientais acabam sendo colocadas em segundo plano, e a solução de problemas imediatos como os de subsistência acabam tendo prioridade.

Dado o contexto atual a perspectiva apresentada neste estudo é como o desenvolvimento urbano sustentável, aplicado através de políticas públicas voltadas ao ordenamento do uso e a ocupação do solo de forma eficiente, poderia proteger a população e o meio ambiente dos impactos das mudanças climáticas.

A pesquisa pretende demonstrar que o desenvolvimento urbano sustentável, se tratado como diretriz central de políticas públicas e de modelos de governança voltados à proteção dos vulneráveis, poderia amenizar os impactos causados pelas mudanças climáticas, visto que estes são os primeiros a senti-los. Quer ainda demonstrar quais as ações políticas foram implementadas para dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Brasil nos tratados internacionais sobre mudanças climáticas.

O Estado tem o dever de promover o bem-estar social apresentando instrumentos institucionais que resolvam os conflitos, reconhecendo as necessidades coletivas com planejamento adequado, permitindo o desenvolvimento sustentável sob quatro dimensões, quais sejam: econômica, social, ambiental e institucional.

Para grande parte da comunidade internacional a preocupação com as mudanças climáticas ganhou novos contornos a partir de acordos internacionais como o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas firmado em 2015, cujo objetivo central é fortalecer a resposta global à ameaça da mudança do clima e reforçar a capacidade dos países para lidar com os impactos decorrentes dessas mudanças.

1. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Política Nacional de Meio Ambiente foi estabelecida no Brasil pela Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, trazendo instrumentos e diretrizes para orientar ações governamentais. O objetivo geral, expresso no *caput* do artigo 2º, trata da preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental indispensável à vida, visando assegurar condições para o desenvolvimento socioeconômico, os interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (BRASIL, 1981).

A partir da sua aprovação, o país passou a ter um marco legal que transpassava todas as políticas públicas de meio ambiente a serem desenvolvidas pelos entes federativos. Antes disso, cada Estado ou Município tinha autonomia para eleger as suas diretrizes políticas em relação ao meio ambiente de forma independente, embora na prática poucos realmente demonstrassem interesse pela matéria (FARIAS, 2008).

Na sequência, a Constituição Federal de 1988 elencou no *caput* do artigo 225, o direito que todos têm ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo essencial à sadia qualidade de vida, atribuindo ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para às presentes e futuras gerações. Nota-se que o texto constitucional buscou harmonizar os dispositivos voltados à ordem econômica e à proteção ambiental, tratando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito social (BRASIL, 1988).

Para José Afonso da Silva (2004) a qualidade do meio ambiente transformou-se num bem ou patrimônio cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público para assegurar a qualidade de vida, e que implicaria em boas condições de trabalho, lazer, educação, saúde e segurança. Ainda segundo o autor, o desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente seriam dois valores aparentemente em conflito na Constituição Federal de 1988, o que poderia influenciar no bem-estar e na boa qualidade de vida dos brasileiros

Muito embora a proteção ambiental no Brasil tenha se modificado com o passar dos anos, e certamente as inúmeras discussões mundiais sobre o assunto ajudaram muito para que isso acontecesse, a preocupação em unir desenvolvimento econômico e políticas de sustentabilidade ainda encontra muita resistência, além do que não existe um maciço investimento público na recuperação e conservação ambiental, assim como existem poucas empresas realmente comprometidas com a preservação da natureza. O fato é que o desenvolvimento econômico aliado ao desenvolvimento científico, na maioria das vezes, vem acompanhado da degradação ambiental, demonstrando que nem sempre as questões ambientais são colocadas em primeiro lugar, o que permite que a eterna busca pelo lucro cause a escassez de muitos recursos naturais.

Nesse sentido, ao discutir diversos dispositivos contidos no Código Florestal Brasileiro, a Lei Federal nº 12.651/2012, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto a necessidade de se encerrar o aparente conflito normativo entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento econômico, envolvendo especialmente a justiça intergeracional. Para o relator Ministro Luiz Fux, a preservação do meio ambiente não significa que não haverá impacto do homem na natureza, contudo, seria possível gerar desenvolvimento econômico assegurando a manutenção de recursos naturais suficientes para os nossos descendentes (BRASIL, 2018).

O Estatuto da Metrópole, instituído pela Lei Federal nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015, trata da governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas, sendo que em seu artigo 6º, inciso VII, apresenta entre outros, a busca do desenvolvimento sustentável como princípio (BRASIL, 2015). Além do que, a ordem econômica nacional também é regida por princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, sendo que em seu artigo 170

enumera a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

Assim, a atividade econômica, diferentemente do ocorria no passado, como meio de subsistência industrial, segue a tendência de diminuir os impactos causados ao meio ambiente pela prática extrativista desenfreada. Com a inserção da defesa ao meio ambiente como princípio de ordem econômica, o constituinte estabeleceu que é do Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento de políticas públicas visando o uso consciente e a preservação ambiental (SZEZERBICKI, 1988).

Para Henri Lefebvre (2011) não é possível considerar separadamente industrialização e a urbanização, mas perceber na urbanização o sentido, o objetivo ou a finalidade da industrialização, ou seja, não se pode visar somente o crescimento econômico, sendo necessário buscar o equilíbrio econômico, o crescimento harmonioso subordinado a conceitos mais amplos de desenvolvimento, de racionalidade onde emergem os conflitos.

Na verdade, o que se almeja é o desenvolvimento sustentável, ou seja, aquele que é viável economicamente, justo socialmente e correto ambientalmente, e que leve em consideração não só as necessidades atuais, mas também as das gerações futuras, tanto nas comunidades em que vivemos quanto no planeta como um todo (FOLTZ, 2008).

2. AS CONSEQUÊNCIAS SOCIOAMBIENTAIS DA AUSÊNCIA DE PLANEJAMENTO URBANO

A expansão urbana no Brasil vem acontecendo de forma desestruturada há muitas décadas, o que tem gerado inúmeros problemas urbanísticos, ambientais e sociais, frutos da descontinuidade de políticas públicas, ou ausência delas, e que não priorizam um efetivo planejamento urbano.

A globalização dos mercados e aumento das exportações elevaram os índices produtivos das indústrias, gerando mais renda e atraindo os moradores de zonas rurais às grandes metrópoles. Esse inchaço das cidades fez que surgissem, entre outros motivos, dezenas ou milhares de parcelamentos do solo clandestinos ou irregulares. Os reflexos são visíveis, tanto em municípios pequenos como em grandes metrópoles, onde a maior parte da população vive sem acesso à serviços públicos, sem infraestrutura básica, ou seja, não recebe um tratamento digno.

Nesse contexto, muitos brasileiros são forçados a construir suas residências de maneira irregular em áreas de risco, sem as condições mínimas de estrutura urbana (drenagem, pavimentação, esgoto sanitário), ficam vulneráveis às enchentes, deslizamentos e demais intempéries da natureza. Não é raro que essas construções acabem sendo erguidas em Áreas de Preservação Permanente, áreas originalmente destinadas à proteção do meio ambiente e que não deveriam sofrer a intervenção humana (AQUINO; FARIAS, 2017). Surge, então, uma complexa questão para a consolidação de uma justiça ambiental, a busca pela compatibilização entre os direitos sociais e ambientais.

Uma política de desenvolvimento urbano, entre outros objetivos, deve garantir condições de urbanização adequada e proporcional ao crescimento sócio espacial da cidade, mas na realidade a maioria dos municípios brasileiros tem dificuldade com a gestão e o planejamento territorial especialmente por falta de recursos financeiros.

O crescimento urbano desordenado reflete diretamente na vida da população. No caso do direito à moradia as consequências são ainda mais graves. A falta de moradia prejudica o acesso às políticas públicas; a inserção no mercado de trabalho; a obtenção de crédito, ou seja, o cidadão fica impedido de exercer seus direitos sociais caso não tenha uma moradia adequada (AQUINO; FARIAS, 2017).

A ausência de investimentos em habitação de interesse social empurra a população com poucas condições financeiras de adquirir um imóvel na chamada “cidade formal”, para áreas sem valor comercial ou áreas com restrições de construção como Áreas de Preservação Permanente ou áreas de risco, suscetíveis a inundações e desastres naturais.

Os lotes que cumprem a legislação urbanística, assim como os financiamentos que a política de crédito imobiliário disponibiliza estão reservados a um círculo restrito. Para a maioria, sobram os mercados informais e irregulares, ou seja, lotes em que a legislação urbanística e ambiental impede a construção ou não disponibilizou para o mercado formal em espaços precários das periferias distantes da cidade (ROLNIK, 2009).

Não basta existirem leis e dispositivos administrativos que facultem ao Poder Público intervir e chamar para si a responsabilidade de ordenar e regular a ocupação da propriedade urbana se não se implementam políticas públicas dirigidas e orientadas, e se dessa gestão não resultam efeitos práticos permaneceremos carentes de qualquer diretriz sistemática quanto ao urbanismo das cidades (CARDOSO, 1991).

É preciso que sejam mencionados justamente os impactos ambientais causados por essas ocupações, tanto para o meio ambiente quanto para a população que vive nestas condições. Existe a necessidade de legitimar e legalizar as áreas ocupadas por moradias, buscando-se garantir a permanência das famílias nas áreas ocupadas, contudo, desde que não haja risco para os seus moradores.

3. O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu a partir de estudos da Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD), formada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e também chamada de Comissão de Brundtland, apresentados na Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro em 1992, a “Rio 92”. O relatório ficou conhecido como Relatório Brundtland e trouxe uma das definições mais difundidas do termo “desenvolvimento sustentável”, sendo descrito como aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades (BARBOSA, 2008).

O Relatório Brundtland expressou, pela primeira vez num organismo internacional, o desejo de que o desenvolvimento seja de fato sustentável, ou seja, significa que o crescimento econômico deveria respeitar os limites da natureza, ao invés de destruí-la. O slogan “desenvolvimento sustentável” na forma descrita no documento foi um importante avanço naquele momento, no entanto, significava apenas um ponto de partida para um debate que pudesse culminar em ações concretas (VEIGA, 2008).

Em que pese ter recebido inúmeras críticas, o relatório acabou chamando a atenção do mundo para os problemas ambientais, demonstrando que a possibilidade de desenvolvimento sustentável está intrinsecamente ligada à erradicação da pobreza e da satisfação de necessidades básicas como alimentação, saúde e moradia.

Na maioria dos países em desenvolvimento percebe-se que o crescimento econômico influencia diretamente no adensamento urbano, por este motivo o planejamento dos espaços físicos das cidades bem como a própria concepção de propriedade urbana merece maior atenção dos poderes estatais.

Uma gestão pública urbana de qualidade deveria considerar a ideia de desenvolvimento sustentável, especialmente em virtude dos inúmeros problemas que afetam as cidades, como é o caso do saneamento ambiental e das ocupações irregulares. Se o desenvolvimento sustentável realmente fosse aplicado, a propriedade e o meio ambiente estariam em harmonia no espaço urbano, uma vez que haveria a utilização racional e sustentável dos recursos naturais dentro das cidades (OLIVEIRA; BESSA, 2005).

A natureza e as características dos problemas ambientais atuais tais como o aquecimento global, perda da biodiversidade, entre outros, requer uma abordagem mais robusta da sustentabilidade e, de certa forma, condiciona a noção de cidade sustentável, atrelando-o, primeiramente, ao elemento ecológico, por ser a base dos demais (PEREIRA; BISSANI, 2017).

Os instrumentos legais existem, a Constituição Federal de 1988 avançou nesse sentido e previu um capítulo específico sobre a política urbana (artigos 182 e 183) e que posteriormente foram regulamentados pela Lei Federal nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, um verdadeiro marco regulatório da gestão territorial brasileira, que tem como objetivo principal dotar os municípios de maior autonomia para controlar os processos de urbanização com a aplicação de instrumentos dando suporte ao enfrentamento das questões urbanas que afetam a vida da população (BRASIL, 2001).

A aprovação do Estatuto da Cidade inegavelmente consolidou a ordem constitucional no Brasil quanto ao controle dos processos de desenvolvimento urbano, visando reorientar a ação do Estado, dos mercados imobiliários e de toda a sociedade, de acordo com novos critérios econômicos, sociais e ambientais (FERNANDES, 2010).

Para Raquel Rolnik (2007) o Estatuto da Cidade abarca um conjunto de princípios, no qual está expressa uma concepção de cidade e de planejamento e gestão urbana, bem como uma série de instrumentos que são meios para atingir as finalidades desejadas, delegando a cada um dos municípios, a partir de um processo público e democrático, a declaração de suas prioridades.

O grande desafio dos gestores públicos é, sem dúvida nenhuma, equilibrar o crescimento econômico e a conservação ambiental. Desafio este que têm a ver com a destruição ou perda de recursos naturais tais como, o habitat das espécies, as florestas, os solos, os estoques de peixes, sendo que todos dizem respeito aos limites da natureza. Assim, percebe-se que em matéria ambiental não há soluções simples e as discussões, de fato, vêm se aprofundando desde então, suscitando encontros e compromissos internacionais como as conferências Rio-92, Rio+10 e o Protocolo de Kyoto (VEIGA, 2008).

Segundo Ignacy Sachs (2010) em sua consagrada obra “Caminhos para o desenvolvimento sustentável” referindo-se aos debates e encontros mundiais sobre meio ambiente desenvolvimento sustentável, defende o desenvolvimento social atrelado as questões ambientais e alerta sobre a necessidade de policiarmos nossas ações que produzem efeitos negativos ao planeta, salientando a importância de se pensar em um crescimento econômico que vise a proteção da biodiversidade.

4. A AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Na esfera internacional existe uma grande preocupação com o equilíbrio entre as relações humanas e o meio ambiente, através do desenvolvimento sustentável e do respeito aos direitos diretamente vinculados à fonte de todos os valores, qual seja o valor da pessoa humana e sua dignidade.

Em 2015, foi adotada uma nova agenda para o desenvolvimento sustentável, baseada nos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Essa agenda, lançada na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, em Nova Iorque, foi discutida na Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas, onde os Estados-membros e a sociedade civil puderam apresentar suas contribuições (ONU, 2015).

A Agenda 2030 foi ratificada por Estados dentro de uma organização internacional e apresenta os sujeitos domésticos que irão programar ações, trazendo o âmbito local para o campo das relações internacionais. Assim, concede-lhes relevância na aplicação e concretização de seus objetivos, especialmente por focar nele as políticas de desenvolvimento sustentável. Ao analisarmos sua evolução histórica, bem como a evolução das relações internacionais, vemos que as teorias sobre as relações internacionais e desenvolvimento sustentável acompanham a evolução global, buscando estar atualizadas e em consonância com o cenário que refletem, para servirem aos seus propósitos (CARVALHO, 2018).

Também conhecido como Metas Globais, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável os ODS foram construídos sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e concluirão o que estes não conseguiram alcançar anteriormente. Buscam concretizar os direitos humanos de todos, sendo integrados e indivisíveis, e pretendem equilibrar as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental para os próximos 15 anos em áreas de importância crucial para a humanidade (ONU, 2017).

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são uma ideia importante e podem ajudar a mover o mundo para uma trajetória sustentável. Ganham rapidamente terreno devido à crescente urgência do desenvolvimento sustentável para o mundo inteiro. Embora as definições específicas possam variar, o desenvolvimento sustentável abrange a chamada abordagem de linha de base tripla para o bem-estar humano. Quase todas as sociedades do mundo reconhecem que visam uma combinação de desenvolvimento econômico, sustentabilidade ambiental e inclusão social (SACHS, 2012).

O crescimento econômico global agora liderado pelas economias emergentes está colocando uma pressão sem precedentes nos ecossistemas da Terra. A humanidade enfrenta não apenas uma, mas muitas crises sobrepostas de sustentabilidade ambiental, incluindo: mudanças climáticas como resultado de emissões de gases de efeito estufa causadas pelo homem; poluição ambiental maciça, além das ameaças ambientais, a humanidade enfrenta graves ameaças que fazem parte da agenda de desenvolvimento sustentável (ONU, 2015).

Entre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) destaca-se o Objetivo nº 13, que trata da necessidade de serem tomadas medidas urgentes para combater as mudanças do clima e seus impactos. Isso acontece porque as mudanças climáticas já afetam todos os países em todos os continentes, trazendo impactos negativos na economia e na vida das pessoas, e no futuro, as consequências serão ainda piores.

A mudança climática é um desafio global que não respeita as fronteiras nacionais. As pessoas sentem na própria pele as consequências das mudanças climáticas, que incluem mudanças nos padrões climáticos, aumento do nível do mar e os eventos climáticos mais extremos. As

emissões de gases de efeito estufa causadas pelas atividades humanas fazem com que essa ameaça aumente. Na verdade, as emissões nunca foram tão altas. Se não forem tomadas providências, a temperatura média da superfície do mundo poderia aumentar em três graus centígrados neste século e em algumas áreas do planeta poderia ser ainda pior. As pessoas mais pobres e vulneráveis serão as mais afetadas (ONU, 2016).

5. OS IMPACTOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O ORDENAMENTO DO USO E OCUPAÇÃO DO SOLO

Para Bastiaan Philip Reydon (2007), parte significativa dos problemas de uso e ocupação do solo rural e urbano no Brasil, decorre da falta de regulação adequada destes mercados. Porquanto, a regulação ideal seria aquela na qual a sociedade pudesse definir o uso adequado do solo quer do ponto de vista produtivo, quer para habitações, preservando simultaneamente o meio ambiente. Daí a necessidade de se pensar em políticas públicas que possibilitem regular a forma de ocupação e o uso do solo, fazendo com que o mercado deixe de ser movido pela especulação, e passe a buscar a melhoria social e ambiental.

A criação das Áreas de Preservação Permanente (APP's) pelo Código Florestal Brasileiro de 1965 tinha como objetivo proteger a flora, a fauna, os recursos hídricos de maneira a garantir o equilíbrio do meio ambiente e a conseqüente manutenção da vida humana com qualidade, deixando estas áreas a salvo do desenvolvimento econômico e da degradação (FARIAS, 2003).

Contudo, muitas áreas ambientalmente protegidas estão fisicamente ocupadas e apesar da existência de legislação para regular o acesso à terra, estas são normalmente ambíguas ou permitem o não cumprimento impune, o que sempre beneficia os especuladores e os grileiros de terras em detrimento do seu melhor uso coletivo (REYDON; GUEDES, 2012).

A luta contra a mudança climática se tornou um dos grandes desafios da atualidade, isso porque afeta diversos setores essenciais para o desenvolvimento da vida social, exigindo, assim, a implementação de estruturas de governança que respondam adequadamente aos efeitos adversos de tal fenômeno. Para que as APP's cumpram sua função na mitigação das mudanças climáticas é fundamental que a legislação ambiental atual se fortaleça no sentido de ampliar sua proteção e garantir a redução dos efeitos do desmatamento de florestas e outras formas de vegetação, gerando um ciclo virtuoso que permita ao nosso país a ampliação das políticas de proteção florestal (CONTIPELLI; MACIEL).

As mudanças climáticas estariam entre um dos “problemas sem passaporte”, como bem definido por Kofi Annan, ex-secretário geral da ONU, isto é, questões que só podem ser tratadas ultrapassando fronteiras, ou seja, problemas que não pertencem a esta nação ou a essa nação, mas ao mundo inteiro, exigindo esforços cooperativos em nível global, para encontrar suas soluções. As mudanças climáticas são hoje, um dos maiores desafios da sociedade, demandando ampla cooperação internacional para engajar nações e outros atores internacionais na implementação da governança global, a fim de buscar soluções comuns para esse problema ambiental que afetam todos (CONTIPELLI, 2017).

Neste sentido o desenvolvimento urbano sustentável, se bem aplicado, poderia servir de instrumento para proteger a população e o meio ambiente dos impactos das mudanças climáticas, desde que executado através de políticas públicas voltadas ao ordenamento do uso e a ocupação do solo que priorizasse a eficiência deste, prevenindo e desestimulando a criação de ocupações irregulares.

Atualmente, a tendência é ampliar a compreensão de que a terra constitui uma importante questão de governança, especialmente no enfrentamento de desafios complexos como as mudanças climáticas, a aceleração da urbanização, o aumento na demanda por recursos naturais, a insegurança alimentar, hídrica e energética, catástrofes naturais e conflitos agrários violentos. Muitos desses desafios têm uma dimensão claramente relacionada com a terra: o acesso desigual a terra, a insegurança jurídica dos posseiros, o uso insustentável da terra e instituições débeis para a governança territorial e a resolução de disputas e conflitos (FAO, 2017).

Nas cidades, a população mais vulnerável aos desastres socioambientais é a população de baixa renda, desassistida pelo poder público, devido à omissão do Estado na execução de uma política habitacional consistente. Esta vulnerabilidade significa menor capacidade de evitar os desastres e também menor capacidade de resistir e reagir após sua ocorrência (SIEBERT, 2012).

6. O COMPROMETIMENTO DO BRASIL COM O ACORDO DE PARIS SOBRE O CLIMA

A preocupação com as questões ambientais vem aumentando progressivamente a nível mundial, assim como a busca por soluções que possam atuar os efeitos das mudanças climáticas. Da mesma forma como maioria dos problemas ambientais contemporâneos, os impactos das mudanças climáticas se espalham além das fronteiras dos países e somado ao caráter intergeracional do problema, as soluções implicam em decisões de ordem interestatal (SOUZA, 2017).

O Acordo de Paris sobre mudanças climáticas foi negociado em 2015, consistindo em uma perspectiva para ações efetivas envolvendo várias nações, e serviu para traçar o caminho para um mundo sustentável através de mudanças na economia global. Além disso, este Acordo propôs um conjunto de ações e investimentos para reforçar a capacidade dos países de lidar com o impacto das mudanças climáticas.

Sobre a efetividade das ações propostas é importante destacar que os Estados Unidos se uniu à China para ratificar formalmente o pacto, demonstrando o compromisso assumido pelas duas maiores economias do mundo, que representam 40% do total mundial de emissão de gases de efeito estufa, para cooperar em ações ambientais e para fortalecer sua liderança na construção de uma estrutura climática internacional (CONTIPELLI, 2017).

O regime climático, como se sabe, fundamenta-se no princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, entre os países, e que visa distribuir com equidade a parcela de ônus, de obrigações que cada país deve suportar nas ações de mitigação, e na sua capacidade interna de adaptação. O Brasil, ocupou papel destacado e de liderança no primeiro período de negociações do regime, contudo, parece ter perdido seu protagonismo durante os últimos anos, ficando à margem das grandes decisões e articulações, em virtude da perda de prioridade da agenda ambiental pelo governo federal (REI; GONÇALVES; SOUZA, 2017).

O entendimento da maioria dos especialistas em mudanças climática é de que o sucesso do Acordo de Paris depende de cada um dos países signatários e suas políticas públicas ambientais. As metas fixadas, se cumpridas, poderiam barrar o aquecimento global até o fim do século, mas os retrocessos dos últimos anos, seja por conta das colocações políticas dos Estados Unidos ou do governo brasileiro, torna cada vez mais difícil colocar a humanidade em um caminho de segurança climática.

CONCLUSÃO

A ocupação de áreas ambientalmente protegidas é um problema que atinge a maioria dos municípios brasileiros, para o meio ambiente a perda é grande, pois as ocupações irregulares em Área de Preservação Permanente urbanas acarretam prejuízos decorrentes da poluição nos rios, deslizamentos, inundações além da destruição de áreas que deveriam ser preservadas.

Percebe-se então a necessidade de um novo padrão de desenvolvimento urbano, pois o controle e a organização do processo de urbanização somente serão alcançados através de um eficiente planejamento urbano e uma gestão municipal democrática participativa, que assegure o crescimento sustentável das cidades.

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU são um pacote de prioridades que tem como finalidade contribuir para a promoção e melhoria de políticas públicas, fortalecendo a troca de experiências e a pressão sobre os governos para seu cumprimento. Embora muitos avanços tenham sido registrados desde a adoção destes objetivos, ainda há um longo caminho a percorrer rumo a um mundo mais justo e inclusivo.

Por fim, conclui-se pela importância da compreensão de que as cidades não são apenas vítimas dos efeitos das mudanças climáticas, mas são o resultado das escolhas dos nossos governantes, ou seja, de alguma forma somos corresponsáveis pelo agravamento dos problemas, já que os seus impactos são consequência de um desenvolvimento urbano insustentável do ponto de vista ambiental. Somente a aceitação dos limites naturais e um desenvolvimento urbano planejado de forma sustentável nos permitirá adaptar as cidades para torná-las menos vulneráveis aos desastres ambientais.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Vinicius Salomão de; FARIAS, Talden. **Regularização Fundiária em Áreas de Preservação Permanente sob a Perspectiva da Sustentabilidade Socioambiental**. Editora da UFPB, 2017.

BARBOSA, Gisele Silva. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. Revista Visões 4ª Edição, Nº 4, Volume 1 - Jan/Jun. 2008.

BRASIL, 1981. **Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL, 1988. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL, 2001. **Lei Federal nº 10.257/2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana**, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL, 2015. **Lei Federal nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm. Acesso em: 22 maio 2018.

BRASIL, 2018. Superior Tribunal de Justiça. 2018. **Recurso Especial nº 586.224/SP. ADC 42/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 28.2.2018.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=desenvolvimento+prox+sustentavel&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 22 maio 2018.

CARDOSO, Adauto. **A utopia em construção: modernidade, ecologia e urbanização. In Brasil: território da desigualdade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

CARVALHO, Francisco Toniolo de Carvalho. **A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU e seus atores: o impacto do desenvolvimento sustentável nas relações internacionais.** Disponível em: <http://www.academia.edu/34664468>. Acesso em: 20 out. 2018

CONTIPELLI, Ernani e MACIEL, Marjara Garcez. **REDD: Marcos Financeiros Climáticos e Áreas de Preservação Permanente.** Migração, Mudança Climática e Economia Social em um Mundo Globalizado Migração, mudança climática e economia social em um mundo M636 globalizado / [organizado por] Daniel Francisco Nagao Menezes, 2018 Ernani de Paula Contipelli, Luís Renato Vedovato. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CONTIPELLI, Ernani. **Trump's Doctrine and Climate Change: New Challenges for Global Governance.** May 31, 2017. Disponível em: <https://www.indrastra.com/2017/05/PAPERS-Trump-s-Docctrine-and-Climate-Change-003-05-2017-0068.html#axzz5OMPQAICm>. Acesso em: 15 dez. 2018

FAO, Organização das Nações Unidas para Alimentação e a Agricultura. **Governança de Terras: Da Teoria à Realidade Brasileira.** Brasília, 2017.

FARIAS, Talden Queiroz. **A edificação urbana à margem de rios e de outros reservatórios de água em face do código florestal.** Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, v. 2, n. 10, jul. 2003.

FARIAS, Talden Queiroz. **Aspectos gerais da política nacional do meio ambiente – comentários sobre a Lei nº 6.938/81.** Universidade Federal de Santa Catarina, 2008 Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26875-26877-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2018

FERNANDES, Edesio. **O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística. In: CITIES ALLIANCE; MINISTÉRIO DAS CIDADES (org.). O Estatuto da Cidade comentado.** Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

FOLTZ, Ana Paula. **A crise ambiental e o desenvolvimento sustentável: o crescimento econômico e o meio ambiente.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29869-29885--PB.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à cidade.** 5ª. Ed. São Paulo: Centauro, 2011.

OLIVEIRA, Cleide de; BESSA, Fabiane Bueno Lopes Netto. **Estatuto da Cidade e Desenvolvimento Sustentável: Necessidade de Plano Diretor para Municípios com menos de vinte mil habitantes.** CONPEDI, 2005. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/fabiane_bueno_lopes_netto_bessa.pdf. Acesso em: 24 abr. 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.** Atualizado em 12/04/2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 02 maio 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Última edição em 13 de outubro de 2015 Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 02 maio 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Objetivo 13: Adotar medidas urgentes para combater el cambio climático y sus efectos**. Objetivos de desarrollo sostenible, 2016. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/climate-change-2/>. Acesso em: 02 maio 2019.

PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. **A Regularização do Parcelamento de Solo de Loteamentos Públicos: Um Estudo Baseado no Projeto do Loteamento de Interesse Social Vila Betinho em Chapecó/SC**. Rev. Polít. Públicas (Online), Brasília, v.7, n° 2, 2017.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira de. Souza. **Acordo de Paris: Reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas**. Revista Veredas do Direito. v. 14, n. 29, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i29.996>. Acesso em: 02 maio 2019.

REYDON, Bastiaan Philip e GUEDES, Sebastião Neto Ribeiro. **Diretos de Propriedade da Terra Rural no Brasil: uma proposta institucionalista para ampliar a governança fundiária**. Rev. Econ. Sociol. Rural vol.50 n° 3 Brasília July/Sept. 2012 <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032012000300008>. Acesso em: 02 maio 2019.

REYDON, Bastiaan Philip. **A regulação institucional da propriedade da terra no Brasil: uma necessidade urgente**. In: RAMOS, P. et. al. Dimensões do agronegócio brasileiro: políticas, instituições e perspectivas. Brasília: MDA, 2007.

ROLNIK, Raquel. **Democracia no fio da navalha: Limites e possibilidades para implementação de uma agenda de reforma urbana no Brasil**. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais v. 11, n. 2 2009. Disponível em: <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/2194063PB.pdf>. Acesso em: 02 maio 2019.

ROLNIK, Raquel. **Regularização fundiária sustentável – conceitos e diretrizes**. Brasília: Ministério das Cidades, 2007.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Coleção Ideias Sustentáveis. Organizadora: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

SACHS, Jeffrey D. **From Millennium Development Goals to Sustainable Development Goals**. Columbia University, 2012. Disponível em: http://www.grips.ac.jp/forum/IzumiOhno/lectures/2015_Lecture_texts/S16_From-MDGs-to-SDGs-Lancet-June-2012.pdf. Acesso em: 02 maio 2019.

SIEBERT, Claudia. **Resiliência Urbana: Planejando as Cidades para Conviver com Fenômenos Climáticos Extremos**. Setembro, 2012. Belém/PA.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 5ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2004.

SOUZA, Maria Cristina Oliveira; CORAZZA, Rosana Icassatti. **Do Protocolo Kyoto ao Acordo de Paris: uma análise das mudanças no regime climático global a partir do estudo da evolução de perfis de emissões de gases de efeito estufa**. Sistema Eletrônico de Revistas (SER/UFPR) Vol. 42, Dezembro 2017.

SZEZEBICKI, Arquimedes da Silva. **Os Princípios Gerais da Ordem Econômica Brasileira: Avanços e Efetividade desde a Constituição Federal de 1988**. Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 1988. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em: 02 maio 2019.

VEIGA, José Eli da e ZATZ, Lia. **Desenvolvimento sustentável, que bicho é esse?** Campinas, SP: Autores Associados, 2008.

Recebido em: 6 maio 2019.

Aceito em: 22 maio 2019.

LA LOCATIO-CONDUCTIO DEL DERECHO DE HABITATIO

María Olga Gil García

Doctora en Derecho por la Universidad de Burgos.

Profesora Asociada del Area de Derecho Romano.

RESUMEN: El objeto de este trabajo es estudiar la conveniencia o no del arrendamiento del derecho de *habitatio* desde la permisividad del Derecho romano justiniano, hasta el Derecho positivo, en el que se concibe un derecho con facultades mucho más limitadas. Siempre desde la óptica del posible arrendamiento, revisamos el origen del derecho de *habitatio* y sus caracteres más relevantes; seguimos, describiendo cual fue su tratamiento en la Recepción, fundamentalmente en dos leyes de la Tercera Partida; cuál fue su tratamiento en los diferentes textos del periodo de la Codificación, para finalizar en nuestras normas civiles, en las que resulta que el derecho de habitación está mucho más limitado que en su origen.

PALABRAS CLAVE: *Locatio-conductio*. Arrendamiento. *Habitatio*. Derecho de habitación.

The Locatio-conductio of the right of habitat

ABSTRACT: The object of this work is to study the convenience or not of the lease of the right of habitat from the permissiveness of Justinian Roman law, to the positive Law, in which a right is conceived with much more limited faculties. Always from the perspective of the possible lease, we review the origin of the right of habitat and its most relevant characteristics; We continue, describing what his treatment was at the Reception, basically in two laws of the Third Part; What was his treatment in the different texts of the codification period, to finalize in our civil norms, in which it turns out that the right to habitation is much more limited than in its origin.

KEYWORDS: *Locatio-conductio*. Lease. *Habitatio*. Right of habitation.

LA LOCATIO-CONDUCTIO DEL DERECHO DE HABITATIO

Dice el art. 523 del Código Civil español, “las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes”. El art. 528 añade, que las disposiciones establecidas para el usufructo, son aplicables a estos dos derechos siempre que no se opongan a lo ordenado en este capítulo, que trata Del uso y la habitación. En estas normas se indica que la habitación concede a quien lo tiene, “la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia” (art. 524 CC) y se añade en el art. 525 del mismo cuerpo legal, de forma literal, que el derecho de habitación “no se puede arrendar, ni traspasar a otro, por ninguna clase de título”. Pese a lo conclusivo que parece este último precepto, observamos cierta contradicción porque, qué ocurre si el título constitutivo contempla la facultad de arrendar; ante esta pregunta y para intentar resolverla se impone una primera aproximación a su régimen jurídico.

Estas disposiciones se encuentran reguladas en el Libro II, Título VI del Código Civil español actual, precisamente, junto al usufructo y al uso. Se trata de forma contigua y seguida al derecho de usufructo, ya codificado en el primer capítulo, y se le dedican los preceptos del capítulo II, junto con el uso, otro derecho real sobre cosa ajena. Esta estructura es reflejo del Derecho romano, en la compilación justiniana también se trata el uso junto a la habitación, tanto en

Digesto libro VII, título VIII, como en las Instituciones Libro II, título V, en ambos casos después de tratar el usufructo¹. La misma ordenación se sigue en los derechos civiles especiales como el catalán, el navarro o el balear. Históricamente, los tres, usufructo, uso y habitación han sido derechos reales sobre cosa ajena, servidumbres de carácter personal que desde el Derecho romano buscan procurar el goce de una cosa extraña, a favor de una persona determinada, por lo que entre ellos guardan muchas semejanzas e incluso, en muchas ocasiones, comparten preceptos².

Resulta ilustrativo distinguir este derecho a la *locatio*, en el caso de la habitación de los casos del usufructo y del uso, sobre todo de éste último, puesto que se trata de una facultad de la que sí goza el usufructuario, pero es más discutido que sea una facultad del usuario, o del habitacionista actual. En cuanto al derecho de *habitatio* en Roma, podemos aproximarnos a su concepto indicando que es una servidumbre personal, que otorga a su titular el derecho de habitar personalmente y con su familia en una casa ajena, y que le permite darla en arriendo³. Hoy en día, se define la habitación como “un derecho real sobre casa ajena, distinto del uso y del usufructo, con finalidad exclusiva de alojamiento, por lo que faculta al titular para ocupar las piezas de una vivienda que a tal fin sean precisas para él y su familia, con las mismas obligaciones y limitaciones que se imponen al usuario”⁴, pero esta definición puede ser matizada ligeramente, al menos en lo que se refiere al objeto, ya que puede ser en el uso de piezas de una vivienda o de toda la casa entera, como veremos más adelante.

En Derecho romano el derecho de *habitatio* nace de forma expresa y tardía en una Constitución de Justiniano del año 530 (C. 3. 33. 13)⁵ concretamente para resolver los inconvenientes que presentaba el habitar en casa ajena. Los juristas discutían sobre la conveniencia de que la servidumbre de habitación se considerara uso o usufructo, y por tanto si podía o no arrendarse, respetando el destino de la misma. Justiniano resuelve la cuestión creando un derecho real autónomo, diferente del uso y del usufructo, con atributos de ambos, que parece quedar entre los dos. Si bien, con un objeto muy determinado que origina su especialidad, a saber, este derecho recae siempre en una casa o en unas habitaciones dentro de una casa. GROSSO entiende que la alusión que se hace por Justiniano a Marcelo, en la Constitución del 530, es precisamente para defender la posibilidad de arrendar, y le hace suponer que resolvió la cuestión aproximando el derecho de habitación al usufructo, más que al uso⁶.

¹ Estos contenidos también se tratan juntos en la Recepción, *vid.* Partida Tercera, Título 31. *Delas servidumbres que han unas cosas en otras y como se pueden poner.*

² Para ser estrictos, en Derecho romano también se encuentran regulados junto a las *operae servorum*, consideradas un derecho autónomo por Justiniano, análogo a la *habitatio* (D. 7. 9. 5. 3 *Ulp. XXIX ad ed.*). Incluso con una rúbrica específica en D. 7. 7 *De operis servorum.*

³ *Vid.* ASTUTI, G *Enciclopedia del Derecho*, Varese, Giuffrè, 1958, T I, s. v., *Abitazione* (diritto di), pp. 91 y ss. TORRENT, A *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Edisofer, 2005, Voz “*habitatio*”.

⁴ Sirva por todos esta definición de RAMS ALBELSA, *J Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 26.

⁵ *Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P. “Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decedentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecanus.*

Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere et dominum ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia obediendum est.

Quam decisionem locum habere censemus is omnibus modis, quibus habitatio constitui potest.” (a. 530)

⁶ GROSSO, *G Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli, 1958, p. 499.

Sin embargo, pese a sus similitudes con el usufructo, el derecho de habitación es más limitado, entre otras cosas porque no permite ceder gratuitamente la habitación, facultad de la que si disfruta el usufructuario⁷. Y en cuanto al «usus», su beneficiario podía usar la casa, como el usufructuario, pero tiene prohibido arrendarla en su totalidad. En el caso del *habitor*, no puede ceder su derecho gratuitamente a un tercero, pero sí de forma onerosa, por medio de la *locatio* de la habitación. En esta Constitución justiniana, por tanto, se crea un derecho diferente, pero con cualidades y límites de los otros dos derechos reales. Además, no se extingue por el no uso, como acontece con el derecho de uso, ni se extingue por la *capitis deminutio*, como sucede con el usufructo, siendo un derecho habitualmente vitalicio que el *habitor* reanuda cada vez que quiere, porque permanece y le acompaña en el tiempo.

En época clásica, no existió propiamente un derecho de habitación, únicamente el de *usus domus*. Siguiendo a GARCÍA SÁNCHEZ, el usuario únicamente podía usar y utilizar la cosa sobre la que ejercitaba su derecho, pero nunca obtener fruto alguno de ella, puesto que excedía las facultades del *usus*. La concreción del *usus* sobre diferentes objetos, dio origen a diferentes discusiones jurisprudenciales que recaían en el concepto de *uti*⁸. Como indica el citado Autor, el *usus* debió recaer inicialmente en cosas infructíferas, pero teniendo en cuenta que el derecho real de uso en su configuración jurídica más genuina implica un uso directo y personal de la cosa, los objetos sobre los que se aplicó debieron ser las *domus* o en terminología más acorde con las fuentes, las *aedes*. De ahí, que la *domus* sirviera de paradigma para otros objetos⁹.

Será con Justiniano, en su mencionada Constitución¹⁰, cuando se plantee y clarifique este derecho real, como derecho propio y de naturaleza especial, como indica el propio texto. En Instituciones, en 533, con el fin académico que lo caracteriza, se señalan las divergencias entre estas figuras, cuyo rasgo diferenciador será esencialmente la posibilidad de arrendar que se otorga al titular del derecho de habitación (I. 2. 5. 5)¹¹. Sin embargo, previamente en I. 2. 5. 2¹², referido al *usus domus*, se instaure que el usuario sólo puede alojar huéspedes¹³, siempre que él mismo habite a la vez en la casa, no pudiendo transferir a otro este derecho de uso. Podríamos decir, que se mantienen los dos derechos reales, es decir, que el reciente derecho de *habitatío*, no sustituye al *usus domus*.

⁷ Como nota curiosa podemos ver en Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de febrero de 1999, que se repiten los argumentos justinianos, se recogen estas características aplicadas a un asunto de arrendamiento por un viudo con derecho de habitación, adquirido por testamento de su mujer con la que tiene una hija menor para la que la difunta nombra administrador de sus bienes a su hermano. Se dice que es cierto, como dice el recurrente, que la «*habitatío*» se configuró en Roma como un derecho real que atribuía a su titular la facultad de habitar una casa ajena o de arrendarla - «*sed etiam aliis locare*»- pero no cederla a título gratuito. Se añade que Justiniano consideró la habitación como un derecho equidistante e intermedio entre el usufructo y el derecho de uso, siendo más amplio que éste y más restringido que aquél.

⁸ En D. 7. 8. 12. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*) nos plantea el caso de una casa de campo dentro una explotación agrícola en la que los usuarios, tienen derecho a vivir en ella, aunque el propietario pueda ir en época de recolección de frutos y vivir allí. Incluso pueden acoger huéspedes, y servirse de leña, del huerto, de frutas, hortalizas, flores y agua siempre que con todo ello no realicen ganancia alguna.

⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, J. «*Domus usus*». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1978, pp 176-7.

¹⁰ C. 3. 33. 13 *Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P.*

¹¹ I. 2. 5. 5. *Sed si cui habitatío legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisita non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

¹² I. 2. 5. 2. *Qui aedium usum habet, hactenus iuris habere inteligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: et vix receptum videtur, ut hospitem ei recipere liceat et cum uxore sua liberisque suis, ítem libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam sevis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter si ad mulierem usus aedium pertineat, cum marito ei habiater liceat.*

¹³ La posibilidad de recibir inquilinos, en el caso del *usus domus*, la encontramos referida en D. 7. 8. 2 y 3 y 4, a cambio de una *pensio*. Con más detalle desarrolla el término *inquilinus* GARCÍA SÁNCHEZ, J. op. cit. pp. 178-181.

En Derecho romano clásico, convivían diferentes tipos de derechos que permitían habitar gratuitamente en una casa, con distintas consecuencias sobre el arrendamiento. Así, siguiendo a RAMS ALBELSA, estos eran el *usus domus*, sobre el que se dudaba si el usuario tenía o no la facultad de acoger a personas extrañas a la familia, que como ya hemos visto permite la *locatio* siempre que el usuario conviva con el arrendatario en el inmueble; segundo, el *usus-fructus habitandi causa* con más amplia facultad para el usuario, puesto que puede incluso arrendar; y tercero, una más obligacional derivada del *legado sinendi modo* que según Marcelo (D. 33. 2. 15 pr.) creaba la obligación para el heredero de admitir que el legatario habitase la casa de por vida¹⁴, supuesto que tiene las mismas consecuencias y límites en caso de *locatio* que el primero tratado.

Añadir, que no sólo estos derechos pueden dar lugar a una habitación gratuita¹⁵; como ya se advierte en las fuentes existen ciertos contratos, que en ningún caso son derecho de habitación, y que permiten el uso de una vivienda ajena a título gratuito¹⁶, como el comodato¹⁷, el precario¹⁸, o la simple hospitalidad¹⁹. El *usus domus*, es decir, el uso de una casa cuando va a ser habitada por el usuario, es tratado en las fuentes centrándose en quienes podían convivir con el usuario, lo que resultaba diferente si el habitante era hombre o mujer D. 7. 8. 2. 1 (*Ulp. XVII ad Sab*), y D. 7. 8. 4. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*), siendo más amplio este derecho en el caso del varón. Pero en estos casos seguimos encontrando prohibiciones expresas respecto al arrendamiento, dado que ni marido ni mujer podían alquilar la casa, ni darla en *habitatio*, ni vender el uso²⁰.

Sin embargo, los compiladores amplían el contenido del derecho de uso y admiten que el usuario que habite la casa simultáneamente pueda arrendarla, e incluso darla en habitación a otros²¹. Como advierte GARCÍA SÁNCHEZ, manteniendo la exigencia de habitación por el titular, se autoriza un *frui* consistente en la posibilidad de arrendar e incluso ceder el derecho de habitación a terceros, lo que en época clásica era incompatible con el derecho de uso²². Efectivamente, parece que la Constitución de Justiniano estableciese una mayor cercanía de la habitación con el usufructo, que con el uso²³, sin que esta posibilidad de arrendar implicara que el derecho de habitación fuera superior al de usufructo, del que se diferencia porque el derecho de *habitatio* no se extingue por el no uso, como aprecia SALVIAT, “*par la même raison qu’on ne perd pas les aliments por le non usage. Telle est la difference que sec lois avaient entabli entre l’habitation, l’usufruit, e l’usage*”²⁴.

Si observamos el *iter* evolutivo de la institución tratada, Justiniano en su Constitución del año 530, da un paso más al concebir este derecho, si bien al usuario de una casa se le permitía arrendar siempre que habitara simultáneamente en el hogar, ahora el *habitor* puede arrendar,

¹⁴ RAMS ALBELSA, J *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 24-5.

¹⁵ MICHEL, J *Gratuité en droit romain. Études d’histoire et de ethnologie juridiques*. Bruxelles. Institut de Sociologie, 1962, p. 42.

¹⁶ Para MICHEL, J op. cit. p. 55. La *habitatio* gratuita en Derecho romano ha conservado una doble naturaleza, la de derecho real, concedida en testamento, comparable al derecho de uso, *mortis causa*, y cuando se da *inter vivos* que es un contrato gratuito que los juristas clásicos asimilan al comodato. Simplemente añadiríamos que su naturaleza de derecho real es compatible con su constitución no sólo por testamento, en Derecho romano también hay referencia a su origen en donaciones y en otros actos *inter vivos*.

¹⁷ D 13. 6. 1. 1 (*Ulp. XXVIII ad ed.*) Y también D. 19. 5. 17 (18) (*Ulp. XXVIII ad ed.*) referido a un comodato de una habitación.

¹⁸ D. 39. 5. 32 (33) (*Scaev. V resp.*), el precario sobre todas las habitaciones altas.

¹⁹ D. 9. 3. 1. 9.

²⁰ SCAPINI, N “*Usus domus*” e “*habitatio*” nel Diritto Romano, *Studi in onore a Guiseppe Grosso*, V Torino, Giappichelli, 1968, pp. 51-53.

²¹ Por todos GROSSO, G op. cit., pp 440 y ss.

²² GARCÍA SÁNCHEZ, J op. cit. p. 184.

²³ De esta opinión, GARCÍA VÁZQUEZ, C *Contribución al estudio del Usus, la Habitatio y las Operae Servorum*, Cádiz, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 116.

²⁴ SALVIAT, M *Traité de l’usufruit, de l’usage et de l’habitation*, Limoges, 1816, Bargeas, Tome 2, p. 215.

incluso sin estar conviviendo con el arrendatario. Al dar origen al derecho de habitación como tal, el *haborator* no puede transmitir su derecho, pero sí el ejercicio del mismo recibiendo su utilidad en forma de alquiler, lo que tenía prohibido el usuario de la *domus*. Aspecto que diferencia claramente el derecho de habitación del derecho de uso. Según ARIAS RAMOS la *habitatio* como una modalidad especial de *usus* consistente en el derecho de habitar una casa, se diferencia de la anterior servidumbre personal en que así como el usuario de una casa puede habitarla o cederla gratuitamente, pero no alquilarla, el titular de la servidumbre de *habitatio* puede, al contrario, arrendarla, pero no cederla gratuitamente²⁵. Y esta regulación es congruente con otros rasgos de esta institución que ya hemos referido como que no se perdiera este derecho ni siquiera por *capitis deminutio* D. 4, 5.10 (*Mod. Ib. 7 diff.*) ni por el no uso D. 7, 8, 10 (*Ulp. XVII ad Sab.*) y además adquiere más sentido, que se considerara vitalicio²⁶. Lo que nos aproxima a un aspecto significativo que aún no hemos mencionado que es su relación inseparable con los alimentos²⁷.

Así el criterio hermenéutico que se observa en la propia Constitución justinianea es atender al parecer más favorable al legatario, al *haborator*²⁸, pues considera este derecho dentro de ese contexto familiar, de procurar alojamiento a su titular. FERNÁNDEZ DOMINGO advierte que el derecho de habitación confiere facultades como sólo podría hacerlo el alimentista, reservándose el dueño el derecho de asignar al “haborator” el sitio que ha de ocupar y las normas a que ha de ajustarse²⁹. Además, se confiere un derecho real, más allá de una obligación de alimentos, porque el cedente de ese derecho quiere que esa persona elegida sea beneficiada *in tuitu personae*, por un derecho con plena eficacia real, *erga omnes*, del que no pueda ser privada, cuya titularidad es intrasmisible, eso sí, con un contenido de carácter social, de protección de la familia. De ahí, su carácter personalísimo, no transmisible, en múltiples ocasiones vitalicio y que actualmente incluso es considerado no embargable, ni hipotecable³⁰, y sí registrable³¹.

La constitución recogida en C. 3. 33. 13, añade otro punto importante para reflexionar, así recuerda que se debe obedecer, en todo, la *voluntas* del testador, en otras palabras remite el contenido del derecho a lo descrito en el título constitutivo, como hoy³², que en la mayor parte de

²⁵ ARIAS RAMOS, J ARIAS-BONET, J.A *Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*, Madrid, EDERSA, 1997, 18ª ed. p. 311.

²⁶ Ante la cuestión de cómo interpretar su duración, si debe entenderse por años o para toda la vida en D. 7. 8. 10. 3 (*Ulp. XVII ad Sab.*) se concluye que lo era de por vida. En el mismo sentido D. 33. 2. 15. *pr.*

²⁷ FERNÁNDEZ DOMINGO, J, *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 33.

²⁸ El *haborator* podrá vivir con su familia que, en Roma, según I. 2. 5. 2 incluye esposo o esposa, hijos, libertos, resto de personas libres que le sirvan, esclavos; también en D. 7. 8. 2. 1 se refiere a la familia, que según Celso además debe incluir los libertos e incluso los posibles huéspedes, y añade a los inquilinos.

²⁹ FERNÁNDEZ DOMINGO, J. *op. cit.*, p. 13. Para este autor de esta limitación surgen las mayores diferencias entre estos derechos reales.

³⁰ Según la Ley Hipotecaria en su actual artículo dos, se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan entre otros el derecho de habitación. Derecho que, por otra parte, artículo 108 queda prohibido hipotecar. En el CCCat. art. 562.4 2. La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar.

³¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, Mi., “Determinación del Derecho de habitación”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 763, p. 2652. No nos detenemos más en estos aspectos puesto que excederían el objeto de este estudio.

³² El título constitutivo es principal, como quedó establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1925. Imprescindible por otro lado, dado que de no existir título podríamos encontrarlos ante una situación de precario como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 “Aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando, una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos una vivienda ocupada por otro, y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia

las ocasiones será un documento sucesorio con efectos *mortis causa*. No obstante, este derecho también se puede adquirir *inter vivos*, por ejemplo, una compraventa con pacto a favor de tercero (D. 18. 6. 18. pr.) obligando a respetar las habitaciones de los libertos hasta que fallezcan³³. Otro inicio de este derecho *inter vivos*, puede ser una donación, así en D. 39. 5. 9 pr. (*Pom. XXXIII ad Sab.*). Y actualmente, como veremos más adelante, puede tener arranque incluso, por ministerio de la ley.

Tal vez el origen de este derecho esté relacionado con fundos, las disposiciones nos pueden llevar a considerar que el inicio del derecho de *habitatio* puede ser precisamente un arrendamiento, en el que se perdona la merced anual al arrendatario, y que progresivamente, se fue consolidando como situación vitalicia, de hecho, una *habitatio* gratuita, concretamente accesoria del arrendamiento rústico³⁴.

Vamos a detenemos en otros aspectos, también relevantes en este derecho que se relacionan con la facultad de arrendar. Así, vamos a tratar a cerca de quienes pueden ser los sujetos, el objeto y el fin de este derecho. Si nos fijamos en los sujetos, el titular del derecho de *habitatio* sólo puede ser persona física³⁵, y lo más habitual es que los beneficiados sean libertos³⁶ y su familia³⁷. El Derecho romano nos presenta el caso de que se conceda este derecho de habitación a varias personas a la vez, dejando resuelto este supuesto como sigue, se respeta ese derecho para todos los titulares, siendo que cada vez que fallezca uno acrezca a los demás, hasta que el último muera D. 33, 2, 34, pr. (*Scaev. XVIII dig.*), asunto que no se plantea, ni resuelve el Código civil actual³⁸. En este caso no sabemos qué solución se puede dar ante una eventual *locatio* de uno de

no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue”.

³³ En este sentido, además de un deber moral, existen diferentes normas que castigan al patrono que dejara de alimentar a sus libertos, en virtud de la *lex Aelia Sentia* (D. 38, 2, 33 *Mod. lib. sing. de manum.*) perdía todos sus derechos sucesorios, y según un rescripto de Caracalla perdía también el *ius patronatus* (D. 37, 14, 5, 1 *Marc. XIII. Inst.*) de ahí que concediera estos derechos de alojamiento gratuito.

³⁴ En este sentido vid. D'ORS, A *Derecho Privado Romano*. Pamplona, Eunsa, 10ª ed. 2004, p. 277: “Otras veces el uso se conviene por pacto, en una compraventa, a favor de tercero: D. 18. 6. 19 pr., con el pacto de respetar las *habitationes* de los libertos *secundum defuncti voluntatem*. D. 7. 8. 10. 3 permite pensar que el derecho de *habitatio* empezó por ser un perdón de merced (anual), que se consideró como vitalicio por influjo de la doctrina de Rutilio; cfr. D. 20. 2. 5 pr., donde la *habitatio gratuita* es accesoria del arrendamiento rústico. D. 39. 5. 27 parece indicar una extensión del interd. *unde vi* (que si puede usar el usufructuario) en caso de ser el usuario expulsado del inmueble.”

³⁵ En derecho actual el habitacionista sólo puede ser persona física, esta advertencia la encontramos expresamente en el derecho catalán, aunque en el resto de ordenamientos se suponga sin que se exprese literalmente. Así, RAMS ALBELSA, op. cit., p. 27, señala que es unánime en la doctrina que para el derecho de habitación se requiere que sea una persona física, la única titular del mismo, en todo caso y sin excepción, pues sólo ésta está capacitada para utilizar una vivienda con el propósito y la finalidad protegida por el ordenamiento, esto es la de habitarla en su propio y estricto sentido. A este respecto, hoy es interesante la diferencia entre uso y habitación, puesto que la doctrina y la jurisprudencia admiten la posibilidad de que el titular del derecho de uso pueda ser una persona jurídica, más si recae en un local con un negocio, en cuyo caso se impone un límite temporal, así Sentencia del TS de 4 de febrero de 1983 (relaciona el artículo 529 con el 515 del Código Civil) es el caso de unas religiosas, beneficiadas por este derecho que siendo sociedad en el texto constitutivo del derecho se dice que para ellas y las que en esa sociedad les sucedan; la sentencia decide que ese derecho no puede exceder de cien años. Un supuesto similar en D. 33. 2. 8 (*Gai. III de leg. ad ed. Praet.*) Comentarios al Edicto del Pretor, a propósito de un usufructo legado a los habitantes de un municipio, (situación análoga a la existencia de una persona jurídica pública) en dónde se plantean la inutilidad de una nuda propiedad perpetua y deciden que el plazo de disfrute no puede ir más allá de cien años, que, según dice en el fragmento, será el más largo término de la vida.

³⁶ En la redacción de D. 33. 2. 33 pr. (*Scaev. XVII dig.*) se exponen varios casos.

³⁷ SCAPINI op. cit. pp. 35 y ss. desarrolla el término familia y cuál es su contenido respecto a este derecho. También recoge la obligación de alimentos, *habitatio* incluida, del patrono con la liberta en concubinato que más que obligación legal lo era moral.

³⁸ Si el Código catalán que en su art. 562-3 habla de la posibilidad de diversidad de titulares, cuando este derecho haya nacido en favor de diversas personas, simultánea o sucesivamente, pero en este último caso, sólo si se trata de personas vivas en el momento en que se constituye. En el punto 2 advierte que en esos casos el derecho se extingue a la muerte del último titular.

los habitacionistas sin consentimiento de los otros, lo que sí sabemos es que la duración de ese contrato sólo lo sería en tanto en cuanto viva el *habitor*, y se extingue con su muerte.

Respecto del objeto, esta es otra diferencia con el *usus domus* que recaía en la casa completa³⁹, la *habitatio* sin embargo, puede constituirse sobre la casa completa o sobre piezas dentro de una casa⁴⁰. Aunque SCAPINI advierte que no es un elemento diferenciador idóneo para distinguir *usus domus* y *habitatio*, dado que en las fuentes no se utiliza como una característica de la *habitatio*⁴¹, para este Autor el objeto de la habitación, salvo que el título diga otra cosa, también será la casa entera⁴². A este tenor, señalamos como en D. 7. 8. 19 (20) (*Paul. III ad Vit.*), se dice claramente que, así como se puede usufructuar en parte, no se puede usar en parte.

También hay otra diferencia que debemos considerar, si estos derechos únicamente se refieren por su objeto a una casa o también pueden extenderse a un local con negocio. El uso abarca ambos, pero el derecho de *habitiatio*, hoy al menos, no. En las casas romanas los libertos vivían y desarrollaban sus negocios en esas habitaciones a pie de calle, por lo que es de suponer que en la habitación también desarrollarían cierta actividad negocial. La consecuencia respecto al arrendamiento será que mientras el *usus domus* sólo puede recaer en parte de una casa y cohabitando con el usuario, en la *habitatio* puede alquilarse bien toda la casa o parte de ella.

Desde una óptica finalista, el cedente de este derecho tiene como propósito procurar alojamiento, dentro de un contexto amplio de alimentos. Así, el dueño de una casa que quiere ceder a alguien alojamiento de por vida puede optar entre, bien, conceder un usufructo sobre la casa, en cuyo caso permite que el usufructuario pueda conseguir todas las ganancias que le procuren los bienes usufructuados, más allá de los alimentos, o incluso, en el extremo contrario, la cesión gratuita de esa casa y no obtener ningún beneficio. O bien, otorgar ese derecho de habitación que sólo le reconocería el derecho a conseguir lo imprescindible para subsistir, tanto él como su familia, incluyendo como imprescindible el arrendamiento total o parcial de la casa si este fuere necesario, pero en ningún caso le permite la cesión gratuita del bien.

En este sentido SCAPINI entiende que la facultad de arrendar pudo justificarse por una función económico-social de la habitación. De tal manera, que el legatario podía elegir entre habitar por sí mismo o procurarse otra casa, gracias a esta facultad que recibe, eligiendo lo que le resulte más conveniente, obteniendo el mismo resultado práctico⁴³. Este aspecto es muy interesante porque permite cuantificar ese derecho y obtener con él un valor de cambio, sin obligar al habitacionista a vivir físicamente en esa *habitatio*⁴⁴ con el que poder alojarse en otro lugar, es decir, un valor del que puede disponer el habitacionista justiniano⁴⁵ que perderá en la Codificación.

³⁹ D. 7. 8 de *usu et habitazione*, concretamente en D. 7. 8. 2. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 3 (*Pau. III ad Vit.*); D. 7. 8. 4 (*Ulp. VII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 6 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 8 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 12 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 18 (19) *Paul. IX ad Plauc.*) D. 7. 8. 2. 19 (20) (*Pau. III ad Vit.*).

La misma interpretación cabe de I. 2. 5. En el caso del uso sí que resulta significativo D. 7. 1. 13. 8. Comparte esta opinión LEONHARD, *s.v. Habitatio* REPW, XIV. Col 2153. En contra tenemos D. 33. 2. 34. pr. cuando se plantea la habitación simultánea de varias personas a la vez en la misma casa.

⁴⁰ Como ejemplo en D. 33. 2. 34 *pr.* (*Scae XVIII dig.*)

⁴¹ SCAPINI, *op. cit.* p. 70.

⁴² SCAPINI, *op. cit.* p. 71.

⁴³ SCAPINI, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMINGO, *op. cit.* p. 13, incluso nos habla directamente de que el habitador puede convertir así en dinero este derecho que le ha sido concedido para ayudar a su subsistencia.

⁴⁵ De hecho, hoy podemos concretar ese valor en las normas fiscales de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y se calcula la base imponible en función de la edad del habitacionista, de tal manera que el valor que se imputa a éste último es mayor cuanto más joven es, y menor cuanto más añoso.

Debemos continuar con la Recepción, para ver en qué momento nace la prohibición de arrendar de nuestro Código Civil. En la Tercera Partida que se dedica a la Justicia que hace que los hombres vivan unos con otros en paz, y de las personas que son menester para ella, se sigue el contenido de las Instituciones, así en la Ley XXVII sobre “*Quanto tiempo deue durar, si es otorgada a alguno la mora de alguna casa*” se mantiene respecto a la *habitatio* la facultad de arrendar o *alogar a omes o mugere que fagan buena vecindad* igual que en derecho justiniano. Por otra parte, en la Tercera Partida, en la Ley XXI sobre “*Como deue ome vsar del vso que le es otorgado en casa agena, o en sieruos, o en bestias*” se refiere sólo al uso de habitación, y prescribe, como en derecho clásico que no se puede arrendar⁴⁶. Más claro si cabe, es la diferencia entre derecho de habitación y el uso de habitación que se describe en JORDÁN DE ASSO Y DE MANUEL⁴⁷, limitando el derecho del usuario al uso de una casa, en ser habitada por el usuario y su familia y algún huésped, pero no alquilarla. Sin embargo, el derecho de habitación o morada a quien se le concede puede habitar la casa y alquilarla a quien le parezca (Partida Tercera, Título 31, Ley XXVII). Pero la traslación de esta Ley XXVII, es ignorada en la Codificación, se nos dice que por influencia del derecho intermedio francés⁴⁸.

Este derecho se sigue constituyendo con distintos fines; cuando Felipe III se traslada la Corte a Valladolid en 1600 y da en alquiler sus casas, casas de difícil repartimiento, en vez de en arrendamiento se dan en habitación (Nueva Recopilación 3.15, Autos 4 y 5) por su incómoda partición. En el Proyecto de Código Civil de 1836⁴⁹ no se prohíbe expresamente arrendar. Concretamente a partir del art. 861 respecto al uso de una casa, “podrá vivir en ella con toda su familia y aun recibir huéspedes. Si tuviere el derecho de habitación podrá usar únicamente de las piezas de la casa destinadas a aquel objeto, pero no de las demás”; el art. 863 “Aquél a cuyo favor esté constituido el derecho de uso o habitación debe disfrutar de él como un buen padre de familia. Tiene obligación de pagar las cargas que estuvieren impuestas sobre la cosa, a proporción de lo que se utiliza; pero no puede ni enajenar, ni hipotecar la finca fructuaria, inmueble, ni dar en prendas la cosa mueble”. Como podemos observar, no se refiere con literalidad al alquiler, ni lo permite expresamente como en derecho justiniano, ni lo prohíbe como actualmente. Respecto al objeto, sólo parece que puedan serlo piezas dentro de una casa, no toda la casa (art. 861). Estamos, por tanto, en un punto intermedio en relación con la norma actual.

En cambio, ya en el art. 472.2 del Proyecto de Código Civil de 1851 sí que encontramos la prohibición de arrendar expresamente cuando dice: “La habitación da igualmente derecho a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y las personas de su familia” (art. 470) y señala que “el usuario y el que tiene derecho de habitación no pueden enajenar ni arrendar su

⁴⁶ No compartimos el criterio de DIAZ BAUTISTA, A “Usufructo, uso, habitación y operae servorum”. *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano del Derecho Romano. (Los Derechos Reales)* Madrid, Edisofer, 2001, p. 643, en cita 183, dice que en Partidas 3, 31, Ley XXI se vuelve a englobar el derecho de habitación con el simple uso, porque si bien en ese punto se refiere al uso y con él a la prohibición de arrendar, más adelante en Partidas 3, 31 Ley XXVII se refieren expresamente a la *habitatio*, como derecho de habitación o morada cuyo derecho recae en casas o en edificios, cuya duración de no estar determinada debe de ser de por vida, quien la debe usar de buena fe, guardándola y no empeorándola. Añade que en ella puede vivir por sí y con su compañía “*e aun si la quisiere arrendar, o alogar, puedelo fazer*” con hombres y mujeres de buena vecindad. El derecho que se ha ganado a tal morada sólo se pierde por muerte o quitándola sin premia en su vida.

⁴⁷ JORDÁN DE ASSO, F Y DE MANUEL, M *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780, p. 235.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.* p. 150. También en pp. 99-100 se pregunta, “¿cómo se ha llegado a la elección de considerar sólo la Ley XXI y no la XXVII, cuando parece ser ésta la realmente aplicable?” y el mismo se responde aludiendo a autores de la época como HERRERO, *El Código Civil español*. Valladolid, Imp. E Hijos de Rodríguez. 1872, pp.335-336; que en 1872 ya no refleja esa última ley de Partidas.

⁴⁹ Art. 855 y siguientes.

derecho a otro” (art. 473)⁵⁰. Es en este punto y Proyecto dónde hallamos por primera vez la prohibición de arrendar el derecho de habitación, lo que nos retrotrae, por tanto, al derecho clásico, a la concepción del *usus domus*, anterior a la Constitución de Justiniano⁵¹.

En este Proyecto se reduce el contenido amplio de la Ley XXVII de la Tercera Partida que se refería al derecho de habitación, al contenido del *usus domus* de la Ley XXI sin aportar fundamentación alguna para ello⁵². Con esta redacción se equiparará, el derecho de habitación con el de uso de casa. Como señala GARCÍA GOYENA⁵³ refiriéndose incluso al Derecho comparado de la época, no hay diferencia entre el derecho de habitación y el derecho de uso de una casa, y esto no era así en las leyes romanas, ni en las Partidas en las que se mantenían las sutiles diferencias entre el uso de una casa y el derecho de habitación, el primero no arrendable y el segundo sí.

El Proyecto de Código Civil de 1869 no trata este derecho y el Proyecto de Código Civil de 1882 sigue manteniendo la prohibición de arrendar. Básicamente se redacta como en nuestro derecho positivo. En su art. 527 dice así “Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título”. En el artículo 524 sin embargo, deja abierta la posibilidad de regular estos derechos en el título constitutivo, 526. 2 “La habitación da igualmente derecho a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.

La confusión o equiparación del uso de casa y del derecho de habitación limita la facultad de alquilar que históricamente lo conformaba, y hace difícil distinguir el derecho de habitación y el derecho de uso cuando recae en una casa. De tal manera, que algunas diferencias entre estos derechos que existían en el Derecho romano justiniano, como era el criterio interpretativo en favor del *habitor*, o el poder de alquilar el bien para reforzar ese derecho de alimentos, incluso ese valor de cambio al que nos hemos referido, se pierden en la Codificación siendo más un derecho de uso, que un derecho de habitación autónomo como quedaba descrito en derecho justiniano, y todo ello, pese a que se siga manteniendo su nomenclatura⁵⁴.

Llegados a este punto y observando el *iter* evolutivo, “cada vez parece más evidente, de una parte, que ahora, más en la Edad Media es preciso volver la vista al Derecho romano para comprender en su integridad las instituciones de Derecho civil, no por un mero interés historicista, sino por la proyección pragmática de aquel Derecho, en el que el valor no está en la hipótesis teórica y sí en el caso concreto que se examina; de otra, no menos importante, porque el Derecho romano sirve para plantearnos si la disciplina codificada de los derechos de uso y habitación, incluida la remisión a la disciplina del usufructo, cubre por entero la institución o si lo hace tan sólo parcialmente”⁵⁵.

⁵⁰ En el art. 475 se dice que tiene derecho de habitación ocupa todas las piezas de la casa quedan obligados al pago de gastos, reparaciones y contribuciones. Si es menos sólo en caso de que el propietario no pueda afrontarlos por no haber frutos bastantes. Como vemos en este texto, la habitación puede recaer en toda o únicamente en aquellas habitaciones de una casa, pero no porque quede bien definido el objeto del derecho, sino porque al tratar los gastos se refiere a que pueden recaer en toda o parte de la casa. Defecto que se arrastra en la redacción de nuestro Código Civil actual.

⁵¹ Respecto al objeto del derecho de habitación el art. 475 lo permite tanto de la casa completa como únicamente de habitaciones.

⁵² FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.* p. 102.

⁵³ GARCÍA GOYENA *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Imprenta de la Biblioteca de jurisprudencia, 1879. p. 246.

⁵⁴ VENEZIAN, G *Usufructo, Uso y Habitación*. Traducción castellana y anotaciones por Castán Tobeñas. T.1, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p. 111, advierte que la distinción respecto al uso es meramente nominal y perdura después de desaparecida la diversidad intrínseca que tenía en Derecho romano.

⁵⁵ RAMS ALBELSA *op. cit.*, pp. 24-25.

Esta confusión que se genera en la etapa codificadora, junto con la falta de definiciones claras sobre derecho de uso y derecho de habitación, cuando recaen en una vivienda, siguen generando controversias en la actualidad, que no hubieran acontecido en época justinianea. Observemos: el art. 523, en él se advierte que lo primero que debemos tener en cuenta es el título constitutivo del derecho de habitación, segundo, las disposiciones siguientes (art. 523 a 529 del CC) y finalmente, el resto de normas relacionadas con el usufructo que no se opongan a lo ordenado en este capítulo (art. 528 CC). Hasta aquí, la concepción es análoga al Derecho romano justinianeo pero llegados a este punto, los civilistas se dividen, los unos son partidarios de que el habitacionista pueda ceder su derecho en régimen del alquiler, si lo permite el título constitutivo, y otros en cambio lo niegan, ni siquiera lo admiten en ese caso.

BONET RAMÓN⁵⁶ considera que los derechos de uso y habitación son derechos especiales análogos al usufructo, porque para él son usufructos especiales limitados. Entiende que la intrasmisibilidad de los derechos de uso y habitación, es de esencia a los mismos, porque la cesión frustraría sus finalidades; por consiguiente, cuando se pacte su posibilidad, implicará la creación de un derecho distinto, una especie de usufructo modificado en cuanto a su extensión. También, en esa línea restrictiva, hay autores que consideran que es derecho necesario, por lo que no se puede alquilar, ni siquiera cuando el título constitutivo lo permita, es decir, la prohibición debe mantenerse en todo caso⁵⁷. Otros autores de nuestra doctrina civil actual, lo consideran una prescripción de derecho dispositivo, por lo que si el título constitutivo lo admite, se puede incluir la facultad de arrendar el objeto del derecho de habitación⁵⁸. Para nosotros lo más adecuado es que si bien el derecho es irrenunciable e intrasmisible puede cederse su utilidad.

Sin embargo, estas consideraciones no podemos separarlas de la relación esencial entre el derecho de habitación y los alimentos, tanto en Derecho positivo como en Derecho romano. Cuando el art. 142 del CC describe el derecho de alimentos, incluye la habitación, unida a todo aquello que es indispensable para el sustento, como el vestido y la asistencia médica, de tal manera, que no podemos apartar del derecho de habitación su interpretación teleológica, dado que se concibe con un destino, procurar el alojamiento del habitacionista y su familia, dentro de un concepto general de alimentos⁵⁹, busca dar refugio y hogar. Y se pretende que su constitución en ese marco social quede especialmente protegida, considerando que es de *ius cogens*, como si esto asegurara los alimentos, más que una norma flexible, o incluso más práctica como en derecho antiguo, que permita adecuar el derecho que otorga el propietario a la necesidad global de alimentos del habitacionista y su familia. En Derecho romano justinianeo llegan a una solución que para nosotros es más adecuada y práctica puesto que consiguen dar valor a ese derecho, incluso sin el uso directo, dejando que se pueda arrendar, pero no ceder gratuitamente, de forma que el valor de ese derecho queda mucho más protegido y unido al beneficiario, aunque pudiera parecer lo contrario. En ese sentido, la norma romana concede un derecho de habitación, no sólo

⁵⁶ BONET RAMÓN, F "Comentario al art. 524" en *Código Civil Comentado*, Madrid, Aguilar, 1964.

⁵⁷ También RAMS ALBELSA, *op. cit.*, pp. 88-89. ROCA SASTRE Y MONCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T VII. 8ª ed. Barcelona, Bosch, 1998, p. 413. LACRUZ VERDEJO/SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*. T III, V.2, Barcelona, Bosch, 1980 p. 62.

⁵⁸ ALBADALEJO, M *Derecho Civil III*, Barcelona, Bosch, 2002, 9ª ed. p. 559. CASTÁN TOBEÑAS, J *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T II, VII, Madrid. Ed. Reus, 1994, ed 15ª, p. 124. CLEMENTE MEORO, M "comentario al art. 525" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, TIII Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 4167. FERNÁNDEZ DOMINGO, J *op. cit.* p.125. PIZARRO MORENO, E, "comentario al art. 525" en *Código Civil Comentado*, VI, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 208.

⁵⁹ Así, cuando el art. 142 del CC describe el derecho de alimentos incluye la habitación unida a todo aquello que es indispensable para el sustento, vestido y asistencia médica. En Roma, por ejemplo, Paulo en D. 34. 1. 23 (Paul. IV *ad Ner.*) entiende que el legado de alimentos es más pleno cuando comprende la habitación. En el mismo sentido D 34. 1. 6 (*Jav. II ex Cas.*) "Legados los alimentos, se deberán el sustento, el vestido y la habitación, porque sin estas cosas no se puede alimentar el cuerpo; lo demás, que corresponde a la educación, no se comprende en el legado."

una habitación en la que vivir. Para reforzar este derecho en Roma incluso vemos como se protege especialmente con herramientas procesales⁶⁰, incluso, el *habitor* está protegido por el interdicho *unde vi utilis*, del que también goza el usufructuario D. 39. 5. 27 (*Pap. XXIX quaest.*)

Otro aspecto que diferencia el derecho vigente con el Derecho romano es la diferencia cualitativa entre ambos derechos, respecto al uso del inmueble, el *usus* permite cualquier uso o utilización de la casa objeto del derecho, incluyendo su uso para un negocio, en tanto que el derecho de habitación se concretaría sobre una casa pero sólo con el fin del alojamiento⁶¹. Así se nos dice que el derecho de habitación es un derecho especial de uso por la determinación de su objeto⁶², es decir, por el contrario el uso tiene un objeto genérico, no definido, pero para el Derecho romano justiniano la diferencia no hubiera sido sólo esta, el derecho de habitación concede la posibilidad de arrendamiento que tiene quien goza del derecho de habitación.

Respecto a si esta servidumbre personal de habitación permite que se constituya sobre una casa completa, vemos como el artículo 524 del Código Civil se refiere sólo a “las piezas” y “en una casa ajena”. Podríamos entender que no puede ser objeto de habitación la casa entera. Sin embargo, erraríamos porque el mismo código, en el artículo 527 cuando describe las obligaciones y gastos que debe afrontar el habitacionista, diferencia el caso en que éste ocupara toda la casa, en cuyo caso debe satisfacer los gastos de conservación y el pago de contribuciones, igual que un usufructuario, y en cambio, en el segundo párrafo del mismo artículo, el habitacionista que solamente habite parte de la casa, no debe contribuir en nada. Esto indica que, por una interpretación lógica, el derecho de habitación puede recaer tanto en la casa entera como sólo en habitaciones concretas, eso sí, después de una redacción hartamente confusa.

En este punto resulta curiosa la descripción que hace el Código catalán que regula por una parte el derecho de uso de una vivienda que se extiende a la totalidad de ésta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos en el artículo 562-7, y por otro lado, el derecho de habitación del que sólo pueden gozar personas físicas, y que comporta el derecho a ocupar, no toda la vivienda, sino exclusivamente las dependencias y anexos que se indiquen en el título de constitución, contribuyendo en los gastos que sean individualizables (art. 562-9). O bien, en Derecho balear donde se habla del *estatge* y simplemente se refiere a habitaciones compartidas con los demás poseedores legítimos del inmueble, y en este caso sin obligación de contribuir en los gastos. Para estos derechos, el objeto del derecho de habitación, sólo puede ser sobre piezas o dependencias de una vivienda.

Sin embargo, el Derecho navarro regulado en el Fuero Nuevo de Navarra, ley 1/1973, de 1 de marzo. RCL 1973\45 De la habitación, uso y otros derechos similares Ley 424. a) nos indica que salvo que el título limitase el derecho de habitación, se presumirá que éste concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, igualmente a arrendar la vivienda total o parcialmente. Siendo un reflejo actual de las prescripciones romanojustinianas, respecto al arrendamiento del derecho de habitación.

Recapitulando, si revisamos la regulación en el derecho catalán y en el balear, parece que no admitan el arrendamiento del objeto del derecho de habitación, salvo que el título constitutivo así lo reconozca⁶³. De forma que, en el artículo 562-9 CCCat. se prescribe que “el derecho de

⁶⁰ En Roma tanto el *usus domus* como el derecho de habitación solía beneficiar a los libertos. Vid. D. 33. 2. 18 (*Mod. IX resp.*), o a varios libertos a la vez como en D. 33. 2. 33. 1 (*Scaev. XVII dig.*) o en D. 33. 2. 34 *pr.* (*Scaev. XVIII dig.*)

⁶¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J *La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil)*, Anales del Derecho Universidad de Murcia nº 17, 1999, p. 89.

⁶² En este sentido Díez PICAZO, L *Sistema de Derecho civil III*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990 p. 435.

⁶³ Tampoco cabía el arrendamiento en el derecho catalán anterior al código en vigor, así en la sentencia del TSJ Cataluña 4 de febrero de 1999 se describe aquél régimen jurídico que consistía en aplicar: 1º) el art. 149.3 de nuestra Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) , que, en su último inciso, establece que el derecho estatal será, en todo caso,

habitación comporta el derecho a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indican en el título de constitución o, en defecto de esta indicación, los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos, aunque el número de éstas aumente después de la constitución”.

Tampoco parece que la norma balear permita la *locatio*, en el Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears, Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. LIB 1990\118, art. 54 indica que “La variedad consuetudinaria denominada «estatge» confiere el derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten”. Por si esto no fuera razón suficiente, se remite en lo no regulado al Código Civil español del que ya conocemos su ordenación.

Sin embargo, la norma navarra, el Fuero Nuevo de Navarra ley 1/1973, concretamente la Ley 424 presume el contenido de la habitación como, el que concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, y expresamente se refiere a la posibilidad de arrendar la vivienda total o parcialmente, como en Derecho justiniano, arrendamiento que cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna, todo ello a no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación. Aspecto este, que nos parece sumamente interesante, dado que invierte los términos del resto de normas civiles que hemos visto. De tal manera, que en derecho navarro se puede arrendar, salvo que el título constitutivo diga lo contrario, es decir, al revés de las disposiciones del derecho común y de otros derechos autonómicos como hemos comprobado, siendo el derecho más afín a la regulación justiniana.

Pero en derecho positivo, tanto común, como en el catalán o el balear, lo que no cabe duda es que lo primero a lo que hay que atender es al título constitutivo, que parece ser lo principal a tener en cuenta, como también quedó claro en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1925, y observar en él la posibilidad de arrendar⁶⁴, de no ser así, salvo en derecho

supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas; 2º) el art. 26.2 del *Estatut d'Autonomia de Catalunya* (RCL 1979\3029 y NDL 1910; LCAT 1979\318), que dice: «en defecte de dret propi el dret de l'Estat serà d'aplicació supletoria»; y con carácter especial, referido al ámbito civil, en la disposición final cuarta de la *Compilació de Dret Civil de Catalunya*, en la medida en que dispone que: «Conformement al que disposa l'article 1 d'aquesta Compilació, sens perjudici de les normes de directa aplicació general, en el que no preveuen les disposicions del Dret Civil de Catalunya regeixen supletòriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s'oposin a aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català». En el *Preàmbul de la Llei 40/1960*, de 21 de julio (RCL 1960\1034 y NDL 4575), se explicaba: «D'ara endavant coneixerem quin és el Dret especial de Catalunya ya examinant només la Compilació; i totes aquelles matèries i qüestions que hi manquin de precepte aplicable hauran de regir-se pel Codi Civil...». Y es que, como dice la doctrina catalana, la *Compilació* no ha sustituido el régimen anterior, sino que lo representa; afirmándose así que el derecho histórico no puede ser alegado ante los Tribunales porque ha sido integrado en el texto compilado, lo que se reconoce en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de junio de 1983 y 27 de febrero de 1985 (RJ 1985\776). El inciso último de la disposición final citada de la *Compilació* no puede perturbar las anteriores consideraciones. En modo alguno, puede sostenerse que la inarrendabilidad del derecho de habitación pugne con la tradición jurídica catalana, mucho menos con los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán. Pugnará, en todo caso, con los preceptos del Derecho romano justiniano, pero en Cataluña el derecho de habitación puro ha de tenerse por una institución jurídica no regulada y, como tal, supletoriamente reglada por las normas del Código Civil. En este estado, necesario es recordar que el art. 525 del Código prohíbe expresamente que los derechos de habitación sean objeto de arriendo o traspaso por ninguna clase de título. Habiéndose acreditado que el demandado en los autos, legatario del derecho de habitación sobre el piso antiguo familiar, lo alquiló en las fechas ya indicadas «ut supra», hecho no controvertido ni discutido a lo largo de la causa y sólo pretendidamente intentado justificar en base a una buena fe de aquél y una no probada conversión de la renta en bien alimentario y educacional de la heredera menor, la solución de la Sala de instancia de dar por extinguido el derecho aparece como ajustada a la legalidad y claramente confirmable.

⁶⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 además indica que, de sólo existir posesión sin título, estaremos ante un precario, que no da derecho de habitación que es lo menos gravoso para el concedente.

navarro no se puede conceder esta facultad. En este sentido FERNÁNDEZ DOMINGO se pregunta cuál es la razón legal de la referencia al título constitutivo, puesto que si no admitimos la autonomía de la voluntad para el usufructo, el uso o la habitación, qué sentido tiene la inclusión de ese precepto⁶⁵, por tanto, no deberemos considerar que el arrendamiento esté prohibido en todo caso.

Uno de los inconvenientes de esta dificultad normativa para arrendar da lugar a sentencias de justicia menor, en las que incluso se observa como abuso grave⁶⁶ precisamente el arrendar el objeto del derecho de habitación, convirtiéndose en causa de extinción de este derecho, como por ejemplo Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de mayo de 1997 o en sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) Sentencia núm. 283/2000 de 19 abril⁶⁷. Estas sentencias rompen con el criterio de otras del Tribunal Supremo, que entendían que el abuso grave en estos casos debe ser entendido siempre de forma restrictiva y que no se pueden extinguir por el no uso o incluso por un mal uso sin más⁶⁸. Esto provoca la interpretación actual, confundiendo uso y habitación de forma que se deniega la facultad de arrendamiento, y por tanto que el *habitor* no pueda obtener el valor de su derecho, restringiendo su uso a que o bien viva en la casa o no la use, impidiendo la finalidad última de la norma que son los alimentos, que es lo que el cedente de este derecho pretende⁶⁹.

Consideración aparte merece el derecho de habitación constituido por ministerio de la ley, en la actualidad la ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, ley 41/2003, de 18 de noviembre, incluye algún aspecto relacionado con el derecho de habitación adquirido por legado o donación para persona con discapacidad. El legitimario con discapacidad que lo necesite, tendrá un derecho de habitación en la vivienda habitual en la que convivía con el donante o el testador (art. 822, 831 y 1041 del Código civil español, éste último a efectos de colación). En este caso el derecho sobre la vivienda habitual no se computará para el cálculo de las legítimas, si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella y este derecho lo declara intrasmisible el art. 822.

Otro tanto, sucede con la constitución de un derecho de habitación por parte del cónyuge en aplicación del art 1407 CC, cuando se proceda a la disolución y liquidación del régimen de gananciales, y prefiera que se incluya en su haber el derecho de uso o habitación sobre el local

⁶⁵ FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.*, p. 67.

⁶⁶ Motivo por el que se puede extinguir un derecho de habitación, pero no el de usufructo.

⁶⁷ En esta última en su FJ Séptimo dice: “Sin embargo, la cesión del uso o habitabilidad constituye un acto contrario a la esencia misma del derecho, fundado, precisamente, en la necesidad del titular de ese derecho real, por lo que –sin realizar juicio de valor sobre las intenciones de la señora G.– sí que existe, desde un punto de vista objetivo, un abuso, un exceso notable de su derecho. Notorio o notable, en cuanto que se opone «in radice» a la esencia de su propio derecho. Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de mayo de 1997 en un asunto similar, al considerar que «el arrendamiento del piso... supone abuso grave de la habitación, pues, el uso y la habitación no se pueden arrendar, dado su carácter personalísimo». La doctrina científica no es constante al considerar si el abuso jurídico –y no el físico– es o no calificable como de grave. ALBADALEJO y LACRUZ BERDEJO entienden que sí, mientras que RAMS ALBELSA, fundándose en criterios de interpretación restrictiva extraídos de la STS 30-4-1910, considera que hay que excluir del «abuso grave» extintivo del derecho de uso y habitación todo abuso en sentido jurídico. No obstante, lo dicho, este Tribunal considera que en el caso enjuiciado es preciso tener en cuenta no sólo la calificación jurídica del derecho, sino la realidad de la demandada que ni habita ni necesita del bien objeto del litigio, pues su uso o habitación carece de efectividad para ella, como se infiere, fundamentalmente, de su residencia en Barcelona.”

⁶⁸ Sentencias de 28 de noviembre de 1908 y de 30 de abril de 1910.

⁶⁹ Supongamos que ese derecho se constituye en favor de un incapacitado o alguien con capacidad limitada (es típico para el caso del pródigo), o de un menor, ... le obligamos a que si quiere disfrutar de su derecho sólo lo pueda hacer en ese inmueble, perdiendo posibilidad de arrendarlo caso de tener que vivir fuera por diferentes circunstancias, estudios, ingresos, o vivir con algún familiar... no pudiendo sacar el *uti* que le concede el derecho de habitación, que finalmente es procurar alimentos, dado que en estos casos no excedería de tal ámbito.

donde ejerció su profesión o en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual, en vez de que se le atribuyan bienes en propiedad.

La consecuencia es que, en estos casos, los de más necesidad social, el derecho de habitación nace más limitado al no tener un título constitutivo al que referirnos y que permita el alquiler, salvo en Navarra como hemos visto. Esa falta de flexibilidad, que, si reconocía el Derecho romano justiniano, hace que el derecho de habitación pierda o no se pueda obtener el valor de cambio que tiene, dejando al habitacionista mucho menos libre y protegido, obligado a habitar en ese bien o a no obtener ninguna rentabilidad. Esto en el caso de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, ley 41/2003, de 18 de noviembre resulta más chocante ante la finalidad de alimentos que se pretende, puesto que obligamos a que estas personas vivan allí, pero si por circunstancias de la vida deben ir a vivir con otros familiares, o se hace necesario otro tipo de cuidados en algún otro establecimiento, no podemos mejorar su situación económica obteniendo rentabilidad de un derecho que les había sido otorgado para su manutención y cuidado.

Lo cierto es que el derecho de habitación sigue presente en nuestros días, aunque su regulación es un tanto confusa y entendemos que mejorable. No estamos de acuerdo con quien piensa que son derechos reales que pertenecen a esquemas económicos del pasado⁷⁰, aunque también lo fueran, porque precisamente se acude a este derecho en ámbitos de protección social como los que marca la ley 41/2003, es decir, protección del patrimonio del discapacitado e incluso liquidación económica del régimen económico matrimonial. De ahí, que nosotros pensemos que se debe profundizar en su regulación, separado del uso y con un contenido diferenciado del usufructo, puesto que siempre estará en los límites de procurar la manutención de sus beneficiarios. Entendemos que la facultad de la *locatio* que otorgó Justiniano en el 530, cuando por primera vez describe el derecho de *habitatio*, como derecho real sobre cosa ajena, debe ser mantenida en beneficio del *habitor*, para asegurarle el alojamiento en toda o en parte de una casa, o su valor, dentro de un concepto amplio de alimentos y de una concepción social de este derecho que al menos le permita la subsistencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO, M **Derecho Civil III**, Barcelona, Bosch, 2002, 9ª ed.

ARIAS RAMOS, J ARIAS-BONET, J.A **Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales**, Madrid, EDERSA, 1997, 18ª ed

ASTUTI, G **Enciclopedia del Diritto**, Varese, Giuffrè1958, T I, s. v., Abitazione (diritto di)

BONET RAMÓN, F. "Comentario al art. 524" en **Código Civil Comentado**, Madrid, Aguilar, 1964

CASTÁN TOBEÑAS, J **Derecho Civil Español, Común y Foral**, T II, VII, Madrid. Ed. Reus, 1994, ed 15ª

CLEMENTE MEORO, M "comentario al art. 525" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), **Comentarios al Código Civil**, TIII Valencia, Tirant lo Blanch, 2013

D'ORS, A **Derecho Privado Romano**. Pamplona, Eunsa, 10ª ed. 2004

DÍEZ PICAZO, L **Sistema de Derecho civil III**, Madrid, Ed. Tecnos, 1990

⁷⁰ LASARTE, C *Propiedad y Derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, T4º Barcelona, PONS, 2010, 10ª ed. p. 292.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J **La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil)**, Anales del Derecho Universidad de Murcia nº 17, 1999

FERNÁNDEZ DOMINGO, J, **Los derechos reales de uso y habitación**, Madrid, Dykinson, 1994,

GARCÍA SÁNCHEZ, J **“Domus usus”. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez**, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1978

GARCÍA VÁZQUEZ, C **Contribución al estudio del Usus, la Habitatio y las Operae Servorum**, Cádiz, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1995

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Determinación del Derecho de habitación”, **Revista Crítica de Derecho Inmobiliario**, Nº 763, p. 2652

GROSSO, G **Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano**, Torino, G. Giappichelli, 1958

JORDÁN DE ASSO, F Y DE MANUEL, M **Instituciones del Derecho Civil de Castilla**, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780

MICHEL, J **Gratuité en droit romain. Études d'histoire et de ethnologie juridiques**. Bruxelles. Institut de Sociologie, 1962

PIZARRO MORENO, E, “comentario al art. 525” en **Código Civil Comentado**, VI, Pamplona, Thomson Reuters, 2011

RAMS ALBELSA, J **Uso, habitación y vivienda familiar**, Madrid, Tecnos, 1987,

SALVIAT, M **Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation**, Limoges, 1816, Bargeas

SCAPINI, N “Usus domus” e “habitatio” nel Diritto Romano, **Studi in onore a Guiseppe Grosso**, V Torino, Giappichelli, 196

TORRENT, A **Diccionario de Derecho romano**, Madrid, Edisofer, 2005, Voz “habitatio

VEZENIAN, G **Usufructo, Uso y Habitación**. Traducción castellana y anotaciones por Castán Tobeñas. T.1, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928.

Recebido em: 22 out. 2018.

Aceito em: 26 abr. 2019.

INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS A FINALES DEL SIGLO XVIII (LITIGIO PROCESAL ENTRE DOS HERMANOS GALLEGOS, ALBAÑILES, TRABAJADORES EN MIRÓBRIGA)

Beatriz García Fueyo

Profesora Ayudante Doctor de la Universidad de Málaga

RESUMEN: El 6 de julio de 1773, fallece en Miróbriga un gallego, natural de San Miguel de Tabagón (obispado de Tuy, Pontevedra), y maestro de albañilería, que tenía dos hijos en su compañía. Uno de ellos, con 18 años cumplidos, ya oficial, pasa a maestro en el arte, y mantiene al hermano menor, con catorce años, en su grupo de trabajadores, bajo su gobierno y dirección hasta 1780, en cuyo año contrajo matrimonio, y le reclama extrajudicialmente que, desde el óbito del padre común, le pertenece una parte de las herramientas del difunto y el salario devengado. El hermano mayor se niega a ello, y dicho hermano insatisfecho, insta, ante el juez mirobrigense, una acción judicial, fechada en noviembre de 1789. El alcalde mayor condena al hermano a su abono de salarios, correspondientes a seis años y medio, viniendo confirmada sustancialmente la sentencia condenatoria en apelación, por parte de la Real chancillería de Valladolid.

PALABRAS-CLAVE: *Locatio-conductio*. Incumplimiento. Albañil. Derecho Romano. Siglo XVIII. Salario. Recepción. Ciudad Rodrigo (Salamanca)

Non-compliance with a leasing contract for services at the end of the eighteenth century

ABSTRACT: On July 6, 1773, Juan Martínez Nieto, a native of San Miguel de Tabagón (bishopric of Tuy, Pontevedra) died in Miróbriga, and a master of masonry, who had two children in his company. One of them, with 18 years old, already an officer, becomes a master in art, and keeps the younger brother, with fourteen years, in his group of workers, under his government and direction until 1780, in which year he married, and he extrajudicially claims that, since the decease of the common father, part of the tools of the deceased and the salary accrued belongs to him. The older brother refuses to do so, and said dissatisfied brother, urges, before the judge mirobrigense, a judicial action, dated November 1789. The condemns the brother to his payment of wages, corresponding to six and a half years, coming substantially confirmed on appeal, by the Royal Chancery of Valladolid.

KEYWORDS: *Locatio-conductio*. Breach. Bricklayer. Roman law. 18th century. Salary. Reception. Ciudad Rodrigo (Salamanca)

Parentibus summus honor debetur, propter pietatem et reverentiam debitam, ex praecepto iureconsulti¹

¹ El vallisoletano Vázquez de Menchaca, Fernando, *Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium*, Genevae, in of. Iac. Stoer et F. Fabri, lugdunensis, 1599, fol. 105rv.

En el siglo XVI, el canónigo magistral Civitatense, maestro Miguel de Palacio², en su *Praxis Theologica de contractibus*³, recuerda que en castellano se habla de “arrendar en inmuebles” y de “alquilar en muebles”, poniendo un ejemplo de nuestra sociedad: “*ut quando conducitur operarius in vineam colendam Hispana vox, non dicit arrendose sed alquiler*”, reconociendo que “*at etiam immobilia dicuntur alquilerse, et ipsum contractum vocant arrendamiento vel alquiler, et traditur hanc vocem esse Arabicam*”.

Los juristas ponen un acento especial en el requisito en la contraprestación por la cosa, cuyo uso se cede, o por los servicios que se prestan, una *merces*, que necesariamente ha de consistir en dinero o *in pecunia numerata*, según terminología romana, ya que en otro caso faltaría uno de los elementos esenciales del negocio y hablaríamos de otro contrato, como ya recordó al inicio de la Recepción del Derecho romano en el Medievo, el glosador Accursio⁴, en su comentario al Código justiniano, al afirmar que “*locatio sine mercede in pecunia esse vel peti non potest*”, y Azón⁵, refiriéndose a este requisito.

Una división que fue tomada por los juristas, desde la jurisprudencia clásica es la que diferenciaba entre *locatio rei* y *operae*, aunque también aparece en los textos la separación entre *operae*, como objeto contractual en el proceso de desarrollo de la fuerza del trabajo, y las *operae* que dan un resultado, *opus factum*. Será suficiente recordar la definición del contrato de arrendamiento de servicios en Roma, que aporta el salmantino Juan Iglesias⁶, en los siguientes términos: “versa sobre la prestación de los propios servicios, durante un cierto tiempo, y a cambio de una remuneración”, sin que especifique en esta figura que la misma ha de consistir en dinero, porque en otro caso es un contrato innominado, de la categoría *facio ut des*.

Remedios Morán⁷ afirma, que en el sistema jurídico medieval, el contrato de servicios fue prácticamente olvidado, por las condiciones materiales de vida que llevaron hacia relaciones de dependencia personal, diferentes a la contratación de personas para la realización de trabajo a cambio de dinero, a diferencia de lo sucedido en Roma, en los que hubo los contratos de servicios regulados en diversos ámbitos, como fueron para los gladiadores y juegos, distritos mineros, zapatería, escuela, baños etc.⁸. Basta poner de manifiesto que Alfonso X puso precio y tasó los jornales de los mozos de casa y campo, peones, carpinteros y albañiles, el año 1268⁹, pero Pedro I, en las cortes de Valladolid, del año 1351¹⁰, recuerda que está vigente un ordenamiento

² Sobre su biografía, vid. por todos, García Sánchez, Justo, Aproximación a la biografía académica de Miguel de Palacio Salazar, catedrático de Teología nominal en Salamanca (1550-1555), en José Antonio Bonilla y José Barrientos (coords.), *Estudios históricos salmantinos. Homenaje al P. Benigno Hernández Montes*, Salamanca, Excma. Diputación Provincial, 1999, pp. 413-441; id., Miguel de Palacio Salazar, fundador en 1585 del colegio de San Miguel de los PP. Agustinos de Ciudad Rodrigo, en *Archivo Agustiniense*, 82, 1998, Valladolid, PP. Agustinos, 3-106, y 83, 1999, pp. 203-301.

³ Palacio Salazar, Miguel, granatensi, Civitatensis Ecclesiae Magistrali Canonico, apud Salmanticam Sacrae Theologiae et Philosophiae olim professore, *Praxis theologica de contractibus et restitutionibus*, Salmanticae, exc. Io. Ferdinandus, 1585, p. 383.

⁴ Accursio, *Glossa in Codicem*, Venetiis 1488, en *Corpus glossatorum Iuris Civilis*, Augustae Taurinorum, ex of. Erasiana, 1968, reimpr. facs., fol. 126v.

⁵ Azzone, *Lectura super Codicem*, en *Corpus Glossatorum Iuris Civilis*, t. III, Augustae Taurinorum, ex of. Erasiana, 1966, p. 363.

⁶ Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 6ª ed. rev. y aum., Barcelona, Ariel, 1972, pp. 431-432.

⁷ Morán Martín, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, Universitas, t. I, Madrid, UNED, 2002, pp. 268-273.

⁸ Vid. Bayón Chacón, Gaspar, *ibid.*, pp. 160-178.

⁹ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*. Introd. de Manuel Colmeiro, 1.1. Madrid, imp. de los sucesores de Rivadeneyra, 1883, pp. 158-159; Ayuntamiento de Jerez en 1268.

¹⁰ *Ibid.*, t. II, Madrid, imp. de M. Rivadeneyra, 1863, pp. 136-137.

que había redactado con ese mismo cometido, aunque la norma más precisa, que conocemos, es la de las Cortes de Toro, de Enrique II de Trastámara, del año 1369¹¹, en la cual se dispone:

Otrosi tenemos por bien e mandamos que den por jornal a los carpenteros e a los tapiadores, desde Sant Miguel fasta março por cada día, a cada uno tres maravedís, e a los trastejadores a tres maravedís; e desde março fasta sant Miguel a los carpenteros e a los tapiadores a quatro maravedís, e a los trastejadores a quatro maravedís; e a los albannis e a los pedreros que fazen las paredes de piedra e de ladrillo, e a los maestros e obreros de lavor de casas e de acennas e de molinos, den a cada uno desde sant Miguel fasta março quatro maravedís e medio, e desde março fasta sant Miguel seys maravedís.

El precio del arriendo se debe reglar según ley, o costumbre del lugar, o por convención de las partes, resumiendo el precepto de Alfonso X en Las Partidas, antes citado¹², y por lo que respecta a los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasen por los concejos: Recop. 7, 11, 3¹³.

Desde la segunda mitad del siglo XVI fue constante la ratificación de ordenanzas por parte del Consejo de Castilla, y aunque algunas tuvieron carácter local exclusivamente¹⁴. Ciudad Rodrigo no contempló en sus ordenanzas, del siglo XVI, el salario que debían percibir los trabajadores del ramo de la construcción, de modo que esa laguna normativa, y los problemas generados a nivel general del reino, dieron lugar a una Real provisión de Felipe III, ordenando que se ejecutara un acuerdo municipal en el que se adoptara la resolución pertinente, lo cual tuvo lugar en Miróbriga, a principios de la siguiente centuria¹⁵.

Dicha provisión regia se fecha el 28 de septiembre de 1602, mientras el acuerdo del regimiento mirobrigense lleva la data del 26 de octubre de dicho año, aunque no se aprobarían hasta que pasó un lustro, del referido mandato político:

Ordenanzas fechas por esta Ziudad para los carpinteros y albañiles, año de 1609.

Respondiendo a una Real provisión de Felipe III, en que manda, en Valladolid, a 3 de agosto de 1602, que el regimiento tase y modere los jornales de jornaleros (especialmente los relacionados con el campo: gañanes, sembradores, pastores, vaqueros, etc.) y “ministrales”, conforme al valor de los bastimentos, “porque eran precios muy grandes los de los hombres que andan a jornal, y los ordenen según que los precios de las viandas valieren”, acuerdan¹⁶, a 5 de septiembre de 1609, ante Francisco Gavilán, escribano de Ayuntamiento, reunido el regimiento, toma el acuerdo:

Este día se trato en razón de azer hordenanzas para el salario que an de llevar los maestros y oficiales de la carpintería y albañería por no tener puesto presçio en las hordenanças questan puestas por este Ayuntamiento e presçio que an de llevar por su trabajo y conferido e platicado se acordó que el maestro de capinteria e albañeria lleven de jornal quatro rreales y medio cada un día y los oficiales labrantes a tres reales y queste acuerdo se ponga con la demás tasa questa fecha y se pregone se guarde so las penas puestas asta que la Ciudad acuerde otra cosa.

¹¹ *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, t. II, Madrid, imp. de M. Rivadeneyra, 1863, p. 177.

¹² Partidas 5, 8, 4.

¹³ *Segunda parte de las Leyes del Reyno. Libro quinto*. Madrid, por D. Díaz de la Carrera, 1640; reimpr. facs., Valladolid, Lex Nova, 1982, fol. 236v.

¹⁴ Cf. Curiel, Luis, *Índice histórico de disposiciones sociales*, Madrid, Escuela social, 1946, p. 534, n° 3995: 1774, 29 de marzo. *Ibid.*, p. 499, n° 3687: 1731, 25 octubre. *Ibid.*, p. 433. N°3258: 1651, 24 de abril.

¹⁵ AMCR. Sign. 178.19.0: “Provision, acuerdo y ordenanzas con el pregón sobre tasa a los jornaleros y personas del campo, y el acuerdo. Otras para los carpinteros y albañiles, y otra del precio de la teja y ladrillo. Ante Bernaldino de Valencia, secretario”.

¹⁶ AMCR. Sign. 178.19.0, fol. s. n. rv.

Esta remuneración se debía pagar en el plazo señalado, con ocasión del contrato que singularmente subscribían las partes, pero si no lo hubiera, al cabo del año, si tenemos presente Recop. 7, 11, 4¹⁷, aunque los jornales de los menestrales se debían pagar cada día.

El precepto que impuso el abono del jornal diario, se relaciona con lo dispuesto en la ley segunda del mismo libro y título de la Recopilación, en la que se contempla el sistema de captación de los obreros en sus diversos ramos de actividad, y la duración de la jornada, que son aspectos que afectan al trabajo en la construcción de inmuebles, referido en la Recop. 7, 11, 2¹⁸:

D. Enrique II en Toro. Año 1407, ley 34. El Emperador D. Carlos V en Valladolid. Año 1554, manda guardar esta ley. Dende que hora han de ir a trabajar los menestrales, y obreros que se alquilan.

Porque es orden de justicia, que los mercenarios no sean defraudados de su merced, ni aquellos que los alogan, y alquilan no sean defraudados del servicio, ordenamos que todos los carpinteros, y albañiles, y obreros, y jornaleros, y los otros hombres, y mugeres, y menestrales, que se suelen alogar, y alquilar, que se salgan a las plaças de cada un lugar do estuvieren, do es acostumbrado de se alquilar cada día en quebrando el alva, con sus herramientas, en manera que salga del lugar en saliendo el sol, para hazer las labores en que fueron alquilados, y labren todo el día, en manera que salgan de las dichas labores en tiempo que lleguen a la villa, o lugar donde fueron alquilados en poniéndose el sol: y los que labraren dentro en la villa, o lugar donde fueren alquilados, que labren dende el dicho tiempo que sale el sol, y dexen la labor quando se pusiere el sol, so pena que le no sea pagado el quarto del jornal que ganare.

Con este esquema del negocio de arrendamiento de servicios, examinamos el supuesto de hecho, ocurrido en nuestra población, y controvertido entre dos hermanos germanos, de origen gallego, que fue resuelto en una doble instancia judicial, ya que en la primera intervino Nicolás Ruiz Ponce de León, abogado de los Reales Consejos¹⁹, como juez natural del caso, porque era alcalde mayor²⁰ de Ciudad Rodrigo²¹, con su fallo fechado el año 1791, en el que permaneció hasta fue sustituido, en ese oficio, durante el mes de mayo de 1794²², ya que en Miróbriga, al ser población fronteriza con el reino de Portugal, la máxima dirección del gobierno municipal correspondía al brigadier Juan Pinto de Segovia, corregidor al mismo tiempo que Gobernador

¹⁷ *Segunda parte de las Leyes del Reyno*, op. cit., fol. 236v. Vid. Acevedo, Alfonso de, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones, t. III. Septimum librum Novae Recopilationis complectens*, Madrid 1612, p. 229.

¹⁸ *Segunda parte de las Leyes del Reyno*, op. cit., fol. 236v.

¹⁹ Vid. *Relación de méritos de Nicolás Ruiz Ponce de León*, hacia 1778, en AHN. Consejos, 13381. Exp. 22.

²⁰ Vid. Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, 2^{na} ed. corr. y aum., t. I, imp. del Colegio nacional de sordo-mudos, Madrid 1839, pp. 208-216; 3^a ed. corr. y aum., Madrid 1847, pp. 156-162.

²¹ No encontramos actas municipales de Ciudad Rodrigo correspondientes a los años 1787 a 1789. Sin embargo, en el *Mercurio histórico y político de España*, correspondiente al mes de julio de 1787, Madrid, Imprenta Real, p. 243, dentro de las noticias de España figura: La alcaldía mayor de Ciudad Rodrigo a D. Nicolás Ruiz Ponce de León”, con data del 8 de julio de 1787. Esta información se reitera en la *Gaceta de Madrid*, de 1787, p. 474: “La alcaldía mayor de Ciudad Rodrigo a D. Nicolás Ruiz Ponce de León”. Su nombramiento debió ser por tres años, al final de los cuales debía rendir cuentas de su gestión, antes de ocupar un nuevo puesto. Fue Floridablanca quien suprimió el examen previo para acceder al cargo, y los nombra por seis años, además de exonerarles de la obligación de rendir cuentas: Nov. Recop. 7, 11, 30. El candidato a alcalde mayor elevaba una instancia a la Cámara de Castilla, la cual proponía al Monarca hispano los sujetos más meritorios, aunque a partir de 1802 solamente se nombran abogados: Nov. Recop. 7, 11, 32.

²² AMCR. Caja 56.1, libros de actas de los años 1793-1794: sigue como gobernador Pinto de Segovia, pero a 5 de mayo de 1794, fols. 126r-128v: Se presenta el título de la vara de alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, por seis años, a favor del licenciado D. Manuel Naranjo y Angulo, abogado de los Reales Consejos, en virtud de título fechado en Aranjuez a 27 de marzo de 1794. Aunque el 7 de mayo, primer consistorio posterior a su toma de posesión, que todavía preside el citado gobernador, sin embargo, desde el 14 de mayo de 1794, fol. 131v, en adelante, el recién designado como alcalde mayor, Manuel Naranjo y Angulo, preside las sesiones municipales, a diferencia de su predecesor, Ruiz Ponce de León, que no aparece interviniendo en ningún consistorio del órgano ordinario de decisión del regimiento local.

político y militar²³, mientras que en apelación se pronunció la Real chancillería de Valladolid, como tribunal superior del territorio, el año 1792.

Los términos de la disputa implican a dos hermanos, ambos naturales de San Miguel de Tabagón, municipio de La Guardia, diócesis de Tuy (Vigo), a causa del impago de las *operae* o servicios prestados por el menor, de nombre Santiago Martínez Nieto, nacido en dicha feligresía gallega, el 3 de diciembre de 1758²⁴:

El día ocho de Diciembre de mil setecientos cinquenta y ocho, io D. Anselmo Antonio Fernandez, Abad y cura propio de la Feligresia de San Miguel de Tavagon, vau-tize y puse los santos oleos, à un niño, hijo lexítimo de Juan Martinez Nieto, y Marta de Gandara su muger, nació el dia tres de dicho mes, pusele nombre Santiago, fueron sus padrinos Santiago Trigo, y Luisa de Grova su muger decláreles el parentesco espiritual, y su obligación. Abuelos paternos Juan Martinez Nieto y Catarina de Abila su muger. Abuelos maternos Jacovo de Gandara y Maria Alonso su muger è todos unos y otros vecinos de Tavagon, y para que conste lo firmo = Anselmo Antonio Fernandez.

Dichos salarios devengados por la relación laboral existente entre los dos hermanos, estaban insatisfechos por parte del cognado mayor, nominado Juan, con iguales apellidos, quien vino al mundo tres o cuatro años antes, hacia 1755, aunque no precisa la data concreta en su confesión judicial.

Estos canteros y albañiles eran hijos legítimos del matrimonio formado por Juan Martínez Nieto y su esposa Marta de Gándara, que en el verano de 1790 tenía 67 años, quienes procrearon siete hijos legítimos, entre varones y mujeres, con edades, en esa fecha: María Luisa, 36 años; Jacinta 30 años y Juana Rosalía, 22 años²⁵.

El progenitor Juan, albañil de profesión, y con categoría de maestro, estuvo realizando obras en Miróbriga, al menos desde finales de la sexta década de esa centuria, ya que fue un sector que tuvo mucha actividad por las grandes obras, atrayendo a las mismas no solamente profesionales de otras regiones hispanas, como eran los gallegos, sino también de la vecina Portugal²⁶. Con objeto de enseñar el arte de la albañilería, además de iniciarlos correctamente en un oficio retribuido, se desplazó a Ciudad Rodrigo junto con ambos hijos, a los que insertó “en su compañía”, para labores propias del oficio y en tareas acordes con la edad de cada uno.

Dicha unidad familiar, que mantenía su domicilio en Galicia, residía y trabajaba la mayor parte del año en Ciudad Rodrigo, normalmente en casa de una patrona, pero siguiendo la costumbre del sector, y del grupo social al que pertenecían, retornaban anualmente, de ordinario, a su lugar de origen, en el sur de la Comunidad autónoma gallega, antes de la Navidad, coincidiendo con el intenso frío que se producía en la comarca mirobrigense, y las frecuentes nieblas

²³ AMCR. Actas de 1790-1791, sign. caja 55.1, fol. 1r: en enero de 1790, Preside la sesión del regimiento Juan Pinto de Segovia, brigadier de los Reales Ejercitos, gobernador político y militar de Ciudad Rodrigo, su tierra y partido, quien preside el resto de sesiones municipales del año citado. Caja 55.2: años 1791-1792: fol. 46v, a 11 de mayo de 1791, preside Pinto de Segovia, mariscal de campo. Que sigue siendo el gobernador y corregidor los dos años enteros. Caja 56.1, años 1793-1794: sigue como gobernador Pinto de Segovia.

²⁴ ARChVa. Pleitos civiles. Pérez Alonso (F), Caja 3491,1, (legajo 2). Autos hechos en Ciudad Rodrigo y en la Chancillería de Valladolid. Partes: Juan Martínez Nieto, vecino del arrabal de San Francisco, extramuros de Ciudad Rodrigo, y natural de San Miguel de Tabagón, con Santiago Martínez Nieto, su hermano, natural del mismo lugar, obispado de Tuy, sobre paga de maravedís, fol. 85v:

²⁵ Juan, José, Jacinta, María, Francisco, Juana y Santiago.

²⁶ Cf. AHPSa. Sección protocolos. Escribano Joaquín Guzmán. Sign. 1899, años 1807-1813, fol. 211rv. A 17 de marzo de 1808.

que no levantaban en toda la jornada²⁷, regresando, a estas mismas tareas, a fin de continuar las obras, en el inicio de la Cuaresma, pasado el crudo invierno local, lo que implicaba que tan solo residían cada año, en su lugar de naturaleza, unos tres meses, mientras los nueve restantes permanecían en la citada localidad salmantina.

Puesto que no existía legalmente una edad mínima exigida para iniciarse como sirviente o fámulo, e incluso como peón, respecto del que se citan los 14 años, máxime si el titular, como maestro del arte, era el generante, el padre los incorporó en su grupo muy tempranamente, en torno a los once años de edad, aproximadamente, si tenemos presente que uno de los testigos del proceso judicial en primera instancia, no duda en afirmar²⁸ que el demandante de los salarios, quien compartió tareas con el deponente, por motivos de edad y desarrollo fisiológico, era incapaz de transportar por sí solo el cuezo²⁹, y esta colaboración se reiteraría, y en 1773 con una edad más temprana, en idéntica situación personal, con el hijo Francisco, quien debió iniciarse en ese oficio sin llegar a los nueve años, ya que había nacido en 1765³⁰.

Esto explica, que al enfermar gravemente, en Miróbriga, el padre de los citados tres hermanos albañiles, con diversa gradación en el arte de albañilería, Juan Martínez Nieto, sin tiempo bastante para otorgar un testamento ordinario ante escribano real o escribano público, se limitó a autorizar al descendiente, Juan Martínez Gándara, primer varón de la familia, para que pudiera otorgar su testamento, de acuerdo con los términos que previamente le había comunicado³¹:

In marg. Poder. 6 de junio (sic)³² de 76

Mauricio Martinez Mora escribano del Rey nuestro señor publico en sus Cortes, Reynos y señoríos, vezino y del Resguardo de Rentas Reales generales de Union de esta ciudad de Ciudad Rodrigo, doy fee: que siendo como entre ocho y nueve de la noche del dia de la fecha, hallándome en las casas de habitación y morada de Juan Martinez que asi expreso llamarse, y ser natural de San Miguel de Tabagon, obispado de Tui, Reino de Galicia, y casado con Marta de Gandara su legitima mujer declarando ante mi y testigos lo siguiente³³ = Dixo que mediante hallarse enfermo en cama en su entero juicio, memoria y entendimiento natural, tal qual Dios nuestro Señor ha sido servido de darle, y creyendo como firmemente creo en el Alto y Soberano misterio de la Santissima Trinidad, Padre, Hijo y Espiritui Santo, tres personas Realmente distintas, y un solo Dios verdadero, y en todo lo demás que contiene nuestra Santa Madre Yglesia Catholica Apostolica romana, bajo cuya fe y Divina crehencia ha vivido, y protexta vivir, y morir como catholico y fiel christiano, y ruega a la gran Reyna de los Angeles Maria Santissima Madre de Dios, y Señora Nuestra, que no

²⁷ Es un refrán mirobrigense, hoy casi ignoto para los actuales vecinos: “Por San Antón (17 de enero) ya no hay nieblas a las dos”, ya que el río Águeda provocaba intensas nieblas que se mantenían durante toda la jornada, impidiendo que el sol luciera en el lugar y repercutiendo notoriamente en la temperatura, así como en las tareas artesanales que se realizan al aire libre o que precisan de condiciones menos adversas.

²⁸ Se trata de Vicente Velasco Mora, deponente el 2 de octubre de 1790, y vecino del arrabal de San Francisco, donde residían los hermanos Martínez Nieto, responde a la primera pregunta: “lo que puramente save es que cuando Santiago vino de Galicia à trabajar a esta Tierra era bastante pequeño para cargar con el cuezo, necesitaba ayudarle el testigo que asistía de peon con su padre, y el presentante”, Juan Martínez Nieto, lo que indica este, por su adolescencia, todavía no era oficial. ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 89r.

²⁹ Según el diccionario de la RAE, es la artesilla de madera en la que los albañiles amasan el yeso.

³⁰ En la deposición de los autos judiciales, fechada a 2 de octubre de 1790, después de declarar que “era hermano entero y carnal de las dos partes”, y entonces estaba soltero, manifiesta ser “oficial temporero de albañilería en Ciudad Rodrigo, pero natural que expresó ser del lugar de Tabagón, obispado de Tuy, en el Reino de Galicia”, afirmando bajo juramento, “por Dios y una señal de Cruz en forma de derecho”, que es de edad de “veinte y cinco años, poco más o menos”, por lo cual, en julio de 1773, momento del óbito de su padre, rondaba los ocho años. ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F), sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 48v-49r.

³¹ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 3), fol. s. n. rv.

³² Es el 6 de julio, día de su óbito.

³³ La protocolización de dicho poder para testar se encuentra actualmente en el AHPSa. Sección protocolos. Escribano: Fernando Alonso y Cañizal. Sign. 1821, año 1773, fols. 17r-18r.

atendiendo a la gravedad de sus pecados se los perdone, y ponga su alma en carrera de salvacion: Y que mediante la gravedad y prontitud de su accidente, no le dà lugar a otorgar su testamento, teniendo comunicadas las cosas a él tocantes, y pertenecientes con Juan Martinez de Gandara su hijo le daba el poder que de derecho se requiere para que lo disponga en la forma que le tiene comunicado... Ytem declaró y nombró por albazeas del testamento que en virtud de este poder se hiciere a los dichos Marta de Gandara su mujer y Juan Martinez su hijo, a los dos juntos, y a cada uno de por sy yn solidum, les da el poder que de Derecho se requiere para que de sus vienes tomen los mas bien parados los que vendan en publica almoneda, ô fuera de ella, cumplan y paguen su testamento con la maior brevedad, sobre que les encarga las conciencias; y del remanente que quedare de todos sus vienes derechos y acciones, y futuras subcesiones a él tocantes, y pertenecientes, instituye, nombra y señala por sus únicos y universales herederos de todos ellos â Juan, Josef, María, Jazinta, Juana, Santiago y Francisco Martinez y Gandara sus hijos, y de la dicha Marta, para que los hayan lleven y hereden por iguales partes con la vendicion de Dios nuestro Señor y la suya, guardando en todo el orden y forma del testamento que en virtud de este poder se hiciere, por el que revoca y anula otro qualesquiera ynstrumento que hubiese fecho por escrito, de palabra, ô en otra forma, que quiere que no valga ni haga fee en juicio ni fuera de el, salvo el testamento que en su virtud se hiciere, que ha de valer por su ultima disposición en la mejor forma, que por derechos lugar haya, a cuya disposición fueron testigos el señor don Fernando Hernandez Blanco/ presvitero y cura de la Cathedral de esta dicha Ciudad, D. Josef Antonio Dominguez, y Juan Martinez vecinos de la misma, de lo que se me pidió testimonio: Y por no saber escribir el enunciado Juan Martinez, rogó a un testigo lo hiciese por el, y en fee de lo qual siento el presente que signo y firmo a seis días del mes de julio año de mil setecientos setenta y tres = Fernando Hernandez Blanco = En testimonio de verdad = Mauricio Martinez Mora³⁴.

Juan Martínez Nieto falleció el 6 de julio de 1773, y fue inhumado en la catedral Civitense, conforme a la partida expedida por el capellán Fernando Hernández Blanco³⁵:

En la ciudad de Ciudad Rodrigo en seis días del mes de Julio del presente año de mil setezientos setenta y tres habiendo recibido los Santos Sacramentos de Penitencia, Viático, y extrema Uncion, falleció Juan Martinez, marido de Marta Gandara, natural y vecino de San Miguel de Tavagon, obispado de Tuy Reino de Galicia, y al presente residente en esta Ciudad; fue su cuerpo sepultado al siguiente dia en esta santa yglesia al que acompañó la cruz y parroquia hicieronse los tres oficios acostumbrados de que pagó los derechos y ofrenda su hijo Juan Martinez a quien dio poder para testar ante D. Mauricio Martinez Mora escribano de los Reynos y visitador de Lanas; nombró por testamentarios a la referida su muger, y a su hijo Juan Martinez, y por herederos a sus hijos, Juan, Josef, Jacinta, Maria, Francisco, Juana, y Santiago Martinez todos siete habidos del matrimonio que contrajo con la referida Marta Gandara, y por verdad lo firmé = Fernando Hernandez Blanco.

En el poder otorgado previamente, para que su hijo Juan redactara el testamento por comisario, el causante se sirve de un procedimiento bastante frecuente entonces en España, cuando el *decius* no tenía la lucidez suficiente para detallar el contenido de sus cláusulas testamentarias. El hijo mayor, Juan Martínez, asumió la ejecución de su testamento, además del otorgamiento previsto por el padre, abonando todos los gastos inherentes al sepelio y funerales, por los que consta que su actividad profesional no era la de mero albañil, sino que trabajaban como canteros, lo cual era normal en la construcción de inmuebles que se realizaba en Ciudad Rodrigo, y de lo que son buena muestra los edificios del Hospicio, actualmente en su planta, aunque deteriorado, y el del Monasterio premostratense de La Caridad. El progenitor, maestro albañil, fue inhumado en la catedral de San María, tal como indica la partida de defunción de dicha iglesia mayor de Ciudad Rodrigo, aunque eso significara que no se cumpliera una de las disposiciones contenidas

³⁴ Vid. ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 112r.

³⁵ AHDCR. Parroquia de El Sagrario de Ciudad Rodrigo. Sign. 10/2, fol. 69rv.

en dicho poder, donde preveía el sepelio, si tomamos sus palabras literalmente, en la parroquia de San Andrés:

Ytem declaró era su voluntad que su cuerpo cadáver cubierto y amortajado con el abito que visten los Religiosos de nuestro seráfico padre San Francisco sea sepultado en la Yglesia Parroquial de esta dicha Ciudad, y que le acompañe la Santa Cruz, señor cura, y sacristan.

Durante siete años, después de fallecido el progenitor legítimo de ambos, Santiago Martínez, hijo menor, quedó en el grupo o compañía del hermano Juan, sin que se le alterase la situación precedente, ni siquiera a nivel personal, ya que por testamento del padre común, el hijo mayor fue designado entre los albaceas, porque a nivel profesional, el susodicho Santiago continuó en la “cuadrilla” del hermano, sin cambiar de *status*, puesto que se encontraba en el período de aprendizaje o peonaje, antes de pasar a oficial.

El 8 de febrero de 1780, Santiago Martínez se casa con Teresa González, en la parroquia de San Miguel de Tabagón, obispado Tudense, según constó del libro de matrimonios de dicha parroquia³⁶, que el abad responsable presentó al alcalde mayor de Tuy, José Antonio Troncoso de Godoy, que era titular del oficio en dicha población gallega a la que pertenecía la feligresía, en el terreno jurisdiccional secular.

Celebrado el matrimonio, Santiago se independiza a nivel personal del hermano, pero hasta ese momento, el mayor Juan había proseguido actuando, respecto de la persona y aspecto profesional, igual que si fuera el progenitor, es decir, el hermano menor trabaja en su compañía, pero sin que le asigne una retribución monetaria, limitándose a satisfacer el gasto que genera su alojamiento, lavado de ropa, comida y un par de zapatos, de vez en cuando.

Desde ese momento, al menos, empiezan las insistentes reclamaciones extraprocesales del hermano Santiago, dirigidas al mayor, Juan, para que le satisficiera todas las cantidades de numerario, que le correspondían como salarios, desde que falleció el padre en 1773, hasta el momento en que se independizó del consanguíneo, en ese año de 1780, adquiriendo además la categoría de oficial.

La reiterada negativa del hermano mayor para abonarle los maravedís, devengados por la notoria vinculación contractual entre ambos, y el dato incontestable de que le estaba adeudando los dineros causados con su trabajo, durante más de un lustro, a pesar de insistentes quejas y reclamaciones realizadas en presencia de otras personas, Santiago Martínez promovió en 1789 una instancia procesal, acogiéndose a la nueva normativa regia de 1784, en virtud de la cual la reclamación de los salarios insatisfechos tenían acceso directamente a la vía ejecutada, imponiendo además al deudor el abono del 6% de interés, desde el momento de la interpelación procesal³⁷.

Con el mismo objetivo, de facilitar el cobro de salarios devengados, ya que la medida regia precedente afectaba a los oficiales y aprendices asalariados, principalmente, el Consejo de Castilla puso al refrendo de Carlos III otra real provisión, para que los peones y otros criados,

³⁶ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F), sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 85v-86r. “Y aviendo también puesto de manifiesto, un libro de casados de esta misma parroquia, en el que// se compone de ciento veinte y ocho ojas, à las nueve de ellas se hallò la partida siguiente = El dia ocho de Fevrero de mil setecientos y ochenta, io el infrascrito Abad de esta Parroquia, asistí al matrimonio que *in facie ecclesie* contrajo Santiago Martinez Nieto, hijo lexítimo de Juan Martinez Nieto ahora difunto, y Marta de Gandara vecinos de Tavagon, con Teresa Gonzalez, hija lexítima de Gregorio Gonzalez y Maria Blanco, ahora difunta, vecinos del lugar de Valdeañotes de esta parroquia, habiendo precedido las tres moniciones, según lo previene el santo concilio, de que fueron testigos Julian Martinez Ramallo, Josef Yañez y Juan Martinez Foguete sacristan, y para que conste lo firmo: están velados = D. Bernardo Alonso de Ozalla”.

³⁷ BGU Universidad de Oviedo. Sign. CG FA-433. Reales provisiones, fol. 523. Año 1784.

que tenían asignada una remuneración, pudieran percibir un interés del 3% de la cuantía adeudada, desde la interpelación judicial, para que se le abonaran los devengos insatisfechos³⁸.

Al igual que ocurrió, con la medida adoptada precedentemente, una copia de la real provisión se expidió al corregidor salmantino, quien procedió de inmediato a la exposición pública, no solo para general conocimiento, sino para que los afectados pudieran acogerse a su disposición legal³⁹.

La primera instancia se preparó con el poder, otorgado por el futuro actor-demandante Santiago Martínez Nieto, el 17 de noviembre de 1789, a favor del procurador mirobrigense Mateo Cascón, y ante el escribano de número de la localidad Joaquín Guzmán, donde especifica sus cometidos⁴⁰.

En esa misma data, 17 de Noviembre de 1789, Cascón presentó un pedimiento ante el Alcalde mayor de la ciudad de Ciudad Rodrigo, en nombre de su representado Santiago Martínez Nieto, residente en aquella ciudad, y vecino de el lugar de San Miguel de Tabagon, obispado de Tuy⁴¹, dando a conocer que desde la edad de 11 años residía en dicha comarca, ejerciendo el oficio de albañilería, en compañía de su padre, al igual que lo hacía su hermano Juan, hasta el 6 de julio del año 1773.

Sin embargo, desde entonces quedó en la compañía de este último, como temporero, y ganando ya entonces, como si fuera oficial, 6 reales diarios, en cuya situación se mantuvo por espacio de casi 7, años hasta que el demandante contrajo matrimonio en Galicia, el 8 de febrero de 1780. Durante todo este tiempo, siempre su hermano Juan se embolsó sus jornales, sin darle más remuneración, que la comida ordinaria, la limpieza de ropa blanca, y algunos zapatos, omitiendo que también corrió de su cuenta el alojamiento.

Para que no se le pudiera alegar prescripción de la deuda generada⁴², el reclamante insiste en que especialmente después de esa fecha había reconvenido muchas veces al citado hermano Juan, sobre el ajuste de esta cuenta pendiente, con pago de lo que le debiese por dicha causa, sin que sus gestiones personales, o de otras de personas próximas a los hermanos, hubiesen producido algún efecto.

Por ello, y al no ser justo que dicho Juan estuviese lucrando más tiempo los frutos de su sudor y trabajo, en grave perjuicio suyo, “*Concluiò* pidiendo”, se mandase que dicho deudor declarase, sobre la certeza de su narrativa y, a sus resultas, se le apremiase, para que conforme a ella, “ajustase quantas con su parte, ante el escribano, y pagase las cantidades en que fuese alcanzado, procediendo en todo, breve, sumaria, y efectivamente como pedia la naturaleza de la

³⁸ BG. Universidad de Oviedo. CG FA-433. Reales provisiones, fol. 521: Año 1784.

³⁹ Vid. las reales provisiones contenidas en BG. Universidad de Oviedo. CG FA-433. Reales provisiones, fol. 525: Año 1785: Declara la anterior, exentos a los matriculados de marina. Madrid 6-XII-1785. BG Universidad de Oviedo. CG FA-433. Reales provisiones, fol. 527: Año 1786. “Prohíbe el arresto por deudas civiles, y causas livianas a los Artífices de toda clase, entendiéndose con los labradores.

⁴⁰ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 3v-4r: “Para que por mi y en mi nombre y representando mi propia persona en la suia comparezca ante el señor Alcalde Mayor de ella y su Tierra por Su Majestad y demás señores Juezes Xusticias y Tribunales que combengan, y competentes sean, pidiendo que Juan Martínez Nieto mi hermano vezino del Arrabal de San Francisco en estos extramuros me pague y satisfaga el ymporte de los jornales, que gané y percibió en el tiempo que estuve en su compañía después de la muerte del padre común, y mientras permanecí en el estado de soltero, como también las herramientas que me caven de las que tenia el padre común, y recogió para si privativamente”.

⁴¹ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 5r.

⁴² Cf. Oregno, Alessandro, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1966.

deuda, condenándole además en los intereses, ò usuras, que previenen las nuevas reales ordenes del asunto”.

El presunto obligado reconoció lo sustancial de los hechos alegados⁴³, en cuanto a la subordinación de ambos al padre común, en el ejercicio de su oficio y patria potestad, hasta que murió, así como en el mantenimiento del hermano menor, que estuvo en su compañía, hasta que se casó en febrero de 1780:

Trabajando al oficio de Albañilería, ganando el día que trabajo 6 reales, de jornal, que el que declara le pagò siempre con rebajo de los alimentos y demás gastos, que se ocasionaban en la posada, y por lo mismo concluida la temporada de el trabajo, y que se marchaba à Galicia, à casa de la madre común, pues el declarante siempre se quedó en esta tierra, le entregó el dinero en que le alcanzaba, y aun luego, que murió el padre, para obiar dudas en lo subzesibo, le asalarío según le pareció combeniente, como hermano, y à proporción de el trabajo, que podía dar, como se acostumbra entre los Maestros de Albañilería, que vienen à este tierra y los traen asalariados, por lo qual, el que declara, nada debe a su hermano, quien podía ver el uso que havia echo de el dinero que le havia entregado, de el que no necesitaba mas prueba que su confesión de entrega, por ser asunto, que concluida la semana, y entregado el dinero se concluía la quenta, como así lo hacia en la/ actualidad con otro hermano (Francisco) que tenia en su compañía.

Dada la incongruencia, así como las contradicciones observadas en las manifestaciones realizadas por el hermano Juan, respecto del contenido del escrito inicial de los autos, Santiago pide al juez mirobrigense que lleve a cabo una sumaria información, con varios capítulos, para dejar constancia de tres aspectos complementarios: en primer lugar, sobre la existencia de altercados entre los cognados, acerca de las herramientas que pertenecieron al progenitor de ambos, y quedaron exclusivamente en poder del mayor de los hermanos, así como de las continuas quejas del menor por el impago de sus jornales, ya que el citado Juan retenía, en su poder, los salarios que correspondían a Santiago⁴⁴; en segundo lugar, que dichas reconvenções se habían mantenido después de 1780, una vez dejaron de estar juntos en compañía, y el menor anduvo con otros maestros⁴⁵; en tercer lugar, exigió que Juan Martínez jurase sobre las posiciones que había presentado, aunque este se limitó a señalar, de su contenido, “que hera incierto quanto contenía el capitulo, pues su hermano Santiago nunca le pudo recombenir fraternalmente ni en otra forma, à cerca de el pago de jornales, por no deberle cosa alguna”.

Dos de los testigos depusieron en el expediente informativo acordado por el juez de Ciudad Rodrigo, todavía fuera del proceso, y aseguraron que Juan no pagaba a Santiago los jornales, ni salarios, en el tiempo que vivieron juntos, à excepción de la comida, lavadura de ropa y algún par de zapatos, “nada más le ha dado, ni pagado dicho hermano mayor, de forma que no sabían, ni tenían noticia que dicho Juan hubiese pagado a Santiago cosa alguna por los jornales”.

Santiago Martínez reiteró una petición, ya elevada al juez mirobrigense⁴⁶, para que su hermano Juan, declarase en posiciones, y jurase acerca del salario que percibía diariamente el cognado, porque en su primera comparecencia afirmó haberlo señalado salario a su hermano menor, después de la muerte del padre común, sin que dejase de expresar el tiempo, condiciones y demás circunstancias relativas a ese asunto, ante cuya demanda de información, Juan no dudó en sostener paladinamente que, fallecido el progenitor de ambos, “no señaló salario alguno a su

⁴³ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 6rv.

⁴⁴ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 7rv.

⁴⁵ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 9r-10v.

⁴⁶ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 14r.

hermano, solo si lo tubo en su compañía, como hermano mayor, dándole lo que ganaba, y aun mas, quando se hiba a la tierra, deducida la manutención, posada y otros gastos”.

A la luz de esta contestación, el 15 de Diciembre de 1789, Santiago formalizó su demanda⁴⁷, con la que pretendió que, no obstante la respuesta del cognado, negando tener fundamento cualquier reclamación, se tuvieran presentes varios aspectos del negocio, en virtud de los cuales, por lo que declaraba el interesado, y quedaba justificado en las declaraciones de los testigos, junto a otros medios probatorios, “*se le condenase, y apremiase ejecutivamente*”, al pago de la cantidad que resultase del salario diario, desde el 6 de julio de 1773 hasta el día de su matrimonio, que sin justificación se había embolsado, y no reintegrado al titular del crédito, aunque dejando en el arbitrio judicial que regulase el monto total, al que ascendería la deuda, una vez que se certificase el tiempo e importe de cada jornal adeudado, además de las expensas, que hizo a su costa, imponiéndole consiguientemente las costas, que se causaren hasta el pago efectivo, con el 6 por ciento de intereses, para lo cual alegó diversas razones.

Entre las declaraciones testificales merecen destacarse algunas afirmaciones en las cuales se observa la conducta del hermano mayor, justificativa de su actitud respecto del impago de salarios a Santiago, porque “aseguraba haber oído a Juan, en una de sus quimeras, que con mantenerlo, lo pagava bien”, mientras que otro testigo reconoce que “en otra quimera Juan profirió que era hermano mayor, estaba en lugar de padre y bastante le pagaba con darle la comida, gasto de posada y zapatos”⁴⁸, es decir, se arrogó la patria potestad, y con ello la negativa a satisfacer cualquier salario al hermano que estaba bajo sus órdenes, siguiendo el esquema de la familia romana, que también se practicaba en España hasta la Edad Moderna.

Se confirió traslado de la demanda a dicho Juan Martínez Nieto, para que procediera a su contestación, pero antes de evacuarla, pidió a través de su procurador Francisco Javier López⁴⁹, y se estimó en 19 de febrero de 1790, que Santiago Martínez Nieto, su hermano, jurase y declarase “Si es cierto que en el tiempo que a trabajado con Juan su hermano, à sido unas temporadas en calidad de sirviente asalariado, por meses; otras en la de peon por su jornal”.

Santiago Martínez depuso en posiciones⁵⁰, que en el tiempo que estuvo soltero, e incorporado en su compañía profesional, no hubo ajuste alguno entre él y su hermano, sino que el declarante se limitó a trabajar en las obras que ocurrieron, guardándose Juan para si todos los jornales que ganó, y que correspondían al que declara, sin darle de ellos, en todo el tiempo, más que el alimento, posada, lavadura de ropa, y algún par de zapatos, a la vez que reconoce: “*que hera cierto que después de casado el declarante trabajò, y le pagó/ su hermano los jornales, sobre los que nada pide, ni ha pedido, y si únicamente del tiempo de soltero siguiente a la muerte del común padre.*”

Por otro lado, añade que, la afirmación de Juan, respecto de que “al concluirse las obras, y tiempo de ellas, llegado el momento de que dicho Santiago, después de casado, volviese a su casa en Tabagón, y a la de la madre, quando se hallaba soltero, liquidava con Juan su hermano las quantas de lo devengado en la temporada del trabajo por razon de jornales, ò salarios, y deducido el gasto de manutención, que suplía Juan, y las cantidades de maravedís y efectos, que le subministraba para sus propias urgencias, y vestido, le pagava y entregaba el resto de el alcance, para que llebandolo, como lo llevaba a su tierra, y reyno de Galicia lo diese a la madre, y después

⁴⁷ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 14v-16v.

⁴⁸ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fol. 16r.

⁴⁹ El poder está fechado en Ciudad Rodrigo, a 20 de diciembre de 1789. ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 17v-18r.

⁵⁰ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 22v-23r.

de casado sirviese a la manutención de su muger, casa y familia”. Santiago Martínez, “confesó el ajuste de quenta, después de casado, pero que hera falso, y ajeno de verdad, que en el tiempo, que estuvo en compañía de Juan después de la muerte de el común padre, le ajustase quenta alguna de lo que ganó, y el recojió, sobre que es la disputa”.

Otros aspectos relevantes de su declaración, permiten al susodicho Santiago reconocer que, en febrero de 1790, no disfrutaba de otros recursos, ni efectos, para mantener su casa, “en el tiempo vacante de obras, salvo el producto de su trabajo en la temporada de verano, que viene à emplearse en las que se le han proporcionado en Ciudad Rodrigo, y en igual disposición de fortuna, se hallaba quando trabajaba en compañía de el hermano”, lo que no es óbice que asegurar “que el declarante tiene en su tierra barias haciendas y bienes muebles, y semovientes, viniendo a este País, à trabajar, como hacen todos los de su nación, para adquirir el aumento de vienes, según lo ejecutan los que son aplicados, añadiendo “que el propio método, que es el que observan todos los Albañiles, Maestros, oficiales, y sirvientes, que vienen de Galicia, à trabajar a Castilla”, y admitiendo que “todas estas liquidaciones, y ajustes al cabo de la temporada, se hacen confidencialmente entre solos ellos, y que no se acostumbra sacar recibo, ni guardar otra formalidad, y aunque no se forman recibos de las liquidaciones de quantas, estas siempre se ajustan, con asistencia de alguno, ò algunos de los compañeros”.

El demandado Juan, solicitó del juez mirobrigense, el 10 de Mayo de 1790, que se le absolviese, y diese por libre de la demanda, declarándole sin alguna responsabilidad respecto de su hermano, y condenase al actor a perpetuo silencio y costas, otorgando-sele a su favor los demás pronunciamientos favorables⁵¹. Comunicado su traslado a Santiago Martínez, lo evacuó el 8 de Julio inmediato posterior⁵², volviendo a alegar ampliamente, con los fundamentos ya enunciados, pero argumentando, a partir de cada una de las pruebas practicadas, entre las que se incluía un testimonio del libro de caja de Juan, que comenzó a recoger asientos desde 1781, es decir, después del matrimonio de Santiago, aportando algunas noticias del mismo, correspondientes a los años 1785-1786, que no eran objeto de la disputa, algunos de los cuales vinieron calificados como falsos por la parte del demandante, además de poner de manifiesto que “Santiago, desde que falleció su padre hasta que se casó estuvo sujeto a Juan, y sus disposiciones. Colocado aquel en matrimonio, aun no tenía veinte y dos años, se gobernó por si, y gozó de su entera libertad... mientras el hermano mayor, hasta el matrimonio, se autorizó para todo y debió manifestar y poner en claro este negocio del menor, que sujetó a su capricho incesante”. Por otra parte, la representación procesal de Santiago, rechazó la prescripción de la acción crediticia de salarios, ya que además de las reiteradas reconvencciones para su abono, realizadas extrajudicialmente, dispone de un fundamento, proveniente del Derecho romano, de extraordinaria entidad, como es el beneficio de la *restitutio in integrum*, “contra los menores”, u *ob minorem aetatem*, e igualmente el ejercicio del mismo recurso previsto en caso de dolo, por lo cual insiste en su anterior petición.

En virtud de un auto del juez mirobrigense, con data del 14 del mismo mes y año, se recibió la causa a prueba, con plazo y término de 15 días comunes, que se prorrogó hasta el máximo permitido por la ley, de los ochenta días, dentro del cual las partes hicieron sus probanzas, mediante testigos, e instrumentos, como fueron los provenientes del archivo parroquial de San Miguel de Tabagón. Santiago Martínez aportó deposiciones testificales del vecindario mirobrigense, y de su lugar de origen, respecto de sus reclamaciones y conducta del hermano mayor, para con la madre y resto de miembros de la familia, que quedó a la muerte de su padre Juan, además de algunas partidas de bautismo, matrimonio y defunción concernientes al caso, mientras

⁵¹ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 30v-31r.

⁵² ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 2), fols. 31v-33v.

que el hermano mayor se limitó a las declaraciones testificales, de unos vecinos y otros simplemente residentes en Miróbriga, aunque en algún caso tenía carta de naturaleza en Galicia, pero estaba vinculado profesionalmente a su oficio, que había ejecutado en Ciudad Rodrigo, antes de trasladarse a Béjar (Salamanca). La prueba testifical de este último tenía un doble objeto: por un lado, determinar que su hermano Santiago no tuvo siempre la misma condición profesional, porque entró como sirviente, y de la misma pasó a peón o aprendiz, para terminar como oficial, de modo que los salarios no pudieron ser los mismos a lo largo del tiempo; de otro, que Juan hacía liquidaciones periódicas de los alcances que resultaban, del gasto efectuado a favor de sus hermanos, y de lo que les correspondía percibir, cada uno, por esa anualidad, siguiendo el procedimiento utilizado por todos los albañiles, maestros, oficiales y sirvientes que venían desde Galicia para trabajar en Castilla, tal como corroboran seis testigos, quienes “tienen por cosa regular, que al cabo de las temporadas, y obras, se ajusten por los Maestros, á los peones, jornaleros, y asalariados sus quantas”, pagándoles lo que resulta en su favor, sin olvidar que Santiago carecía de otros recursos, que no fuera el salario devengado con su trabajo, incluso para mantenerse en San Miguel de Tabagón, durante los tres meses de invierno, además del grado de complicidad de todos los hermanos, en la gestión de la empresa o compañía que dirigía, como maestro albañil y cantero, el mayor Juan.

Puesto que el punto clave de la disputa entre los hermanos consistía en el pago o impago de los salarios adeudados por Juan, respecto de su hermano Santiago, el 13 de abril de 1791, el hermano mayor presentó un pedimiento, con citación de nuevos testigos y cuestiones relativas a la materia, comenzando por la inexistencia de herramientas, en el haber hereditario del progenitor, cuyo repartimiento era una de las exigencias del demandante, y que era elemento indispensable en el ejercicio de su arte, como canteros y albañiles, ya que del conjunto de los autos se desprende que su labor se extendía a esos dos extremos en el ramo de la construcción: “Que el padre común de dichos Juan y Santiago, aunque trabajaba en el oficio de Albañilería, no pudo dejar, ni dejó herramientas propias, porque nunca las tubo, ni se le conocieron, pues siempre usaba de las ajenas, y prestadas”, a lo que responden solamente dos de sus testigos diciendo: “no savian, si las herramientas, con que beían trabajar à dicho padre común, heran suias ò ajenas”, mientras el resto ignora el contenido de la pregunta.

Otras cuestiones importantes tenían que resolverse, a su favor, con la confesión realizada por el actor, por lo cual pide que Santiago declare, bajo posiciones, “que quando dicho Santiago, se retiraba à la tierra/ las temporadas de Ymbierno, después de cesar las obras, llevaba, y le beían manejar dinero en el viaje; y este necesariamente y con efecto probenia del que le dava Juan su hermano, de resultas de sus quantas ajustadas al fin de cada temporada, y asi lo creen, y se persuaden firmamente porque Santiago no tenia otra causa, ni motivo de donde pudiese haverle venido aquel dinero”, a lo que responde “que después de casado llevaba para su tierra, quando se retiraba, el dinero que le quería dar su hermano Juan, por lo ganado en la temporada, pues siempre tuvieron sus desazones, por no habonarle lo que lexitimamente le correspondia; pero en el tiempo de soltero, desde que murió su padre, nunca le dio mas dinero que el preciso para el viaje”.

Al solicitarle que que declare, si “Francisco, hermano menor de dicho Juan, estuvo en su casa, y compañía, trabajando al mismo tiempo, y en higuales términos que Santiago con quien marchaba a la tierra concluidas las obras”, lo reconoce como cierto el actor, pero añade: “y que viendo este la mala correspondencia de Juan en el pago de sus jornales, y salarios, se separó, y puso con otros maestros”, admitiendo dos testigos que lo vieron trabajar, sin ulterior especificación.

Habiéndose promovido diversas conversaciones entre los trabajadores del ramo de la construcción, con motivo de este pleito, entre los peones y los maestros alarifes, sostiene el hermano mayor que el más pequeño, Francisco, “à declarado, y manifestado que su hermano Juan, le ajustaba las quantas, y pagava puntualmente los alcances, tanto à el, como à Santiago, sin quedarles à deber cosa alguna, luego, que concluían las temporadas, y trabajo, y al tiempo de retirarse à la tierra”, confesando Santiago dicha pregunta, “por lo que hacia al tiempo después de casado, pero que no hera cierta por lo respectivo al tiempo de soltero, desde que murió el padre común, pues estas son sus quejas, y porque ha movido este pleito”, mientras un testigo, dijo acordarse de que el citado Juan Martínez, el año 1786, liquidó las cuentas a sus dos hermanos, Santiago y Francisco, y con particularidad à este, de lo ganado en la temporada, pagándole el alcance, que llevó quando marchò à la tierra gallega, con el testigo y su padre, ignorando el resto la pregunta.

Finalmente, preguntados los testigos, por parte de Juan Martínez, “si es cierto, y les consta, por practica, y costumbre, que un muchacho de 12 à 13 años, que handa trabajando en las obras, no gana, ni puede ganar 6 reales de jornal diario, y mucho menos antes de ahora que estaban mas baratos los mantenimientos, y que quando el articulante tenia en su compañía sus dos hermanos Santiago, y Francisco, además de darles de comer, cuidaba de lavarles à sus expensas, vestirlos, y calzar, de ropas ynteriores, y exteriores”, respondió un deponente que “en el tiempo, que el handubo trabajando de peon en las obras, observó, que un muchacho de 12 à 13 años regularmente no ganaba 6 reales de jornal al día; pero también bio, que si el Maestro tenia algunos muchachos de su facción, aunque fuesen pequeños, hacían, que los dueños de las obras les contribuyesen con el dicho jornal de 6 reales, de forma, que esto/ hera a voluntad, y disposición de los maestros”, lo cual coincide con la normativa legal del Reino, que a partir de 1767 dejó libre la fijación de salarios por parte de los patronos⁵³, sin que los concejos tuvieran capacidad para imponer una reglamentación retributiva, tal como había dispuesto la Nueva Recopilación. En el caso concreto que nos ocupa, hubo cuatro testigos, quienes “dijeron ser cierto no poder ganar un muchacho de la edad que cita la pregunta 6 reales de jornal”, y a otros dos les parece lo mismo.

Hecha su publicación, ambos litigantes alegaron de bien probado, insistiendo en sus anteriores pretensiones, por lo cual se dio el pleito por concluso, pronunciándose por el alcalde mayor mirobrigense la sentencia, con fecha del 28 de abril de 1791⁵⁴, condenando a Juan Martínez Nieto, a que pagase, y satisfaciese a su hermano Santiago los jornales de 6 años y siete meses, que acreditó haber estado bajo su dirección como maestro en el arte y en su compañía, los tres años primeros al respecto de tres reales y medio, los días útiles, y al de 6 reales el tiempo restante, con el único descuento del gasto de posada, limpieza de ropa, y manutención, además de todas las costas, a justa tasación⁵⁵:

In marg. SENTENCIA

En el pleito, y causa civil que ante mi ha pendido, y pende entre partes de la una actor demandante Santiago Martinez Nieto vecino del lugar de San Miguel de Tavagon Obispado de Tuy, en el Reino de Galicia, residente en esta Ciudad, y de la otra reo demandado Juan Martinez Nieto su hermano vecino del Arraval de San Francisco,

⁵³ Curiel, Luis, *Índice histórico de disposiciones sociales*, Madrid, Escuela social, 1946, p. 526, nº 3934: 1767, 29 de noviembre. Real provisión sobre libertad a los jornaleros para que puedan concertar sus salarios con los dueños de las tierras”.

⁵⁴ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fol. 123r.

⁵⁵ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fols. 122v-123r.

en estos extramuros, siendo sus respectivos procuradores Matheo Cascon, y Francisco Xavier Lopez; sobre pago de jornales, y demás que resulta de autos: vistos etc.
=

Fallo con atención a los meritos/ que aparecen del Proceso, á que en lo necesario me refiero, que la parte del nominado Santiago Martinez Nieto provó en suficiente forma su acción, y demanda para lo que se expresará declarola por vien provada; y que por la del citado Juan Martinez Nieto no se justificaron sus excepciones, y defensas declarolas por no justificadas. En cuja consecuencia administrando Xusticia devo de condenar, y condeno al insinuado Juan a que pague, y satisfaga á su hermano Santiago los jornales de seis años, y siete meses, que acredita estuvo vajo de su dirección los tres años primeros al respecto de tres reales y medio los días útiles, y al de seis reales el tiempo restante, con descuento solo del gasto de posada, limpieza de ropa, y manutención según lo justificado. Que por esta mi sentencia definitivamente juzgando así lo pronuncio, mando, y firmo, condenando también á dicho Juan en todas las costas ocasionadas á justa tasación que en mi reserva = Licenciado D. Nicolas Ruiz Ponce de Leon.

Notificada dicha sentencia, Juan Martinez apeló ante la Real chancillería de Valladolid, anunciando su recurso al propio juez mirobrigense, quien la admitió, pero recusó al juez de instancia en este trámite, respecto de la diligencia que pudiera adoptar⁵⁶, por lo que solicitó que fuera examinada la petición por un asesor externo, en calidad de acompañado.

Esta función recayó en Juan Antonio de la Mata Vallejo, abogado de los Reales Consejos, alcalde mayor de la villa de Ledesma (Salamanca), “a quien con la seguridad competente, se le entregaran los Autos con remesa, que se le haga aprontándose por dicho Juan los dineros necesarios”, conforme al auto del juez mirobrigense de 20 de abril de 1791, quien aceptó el oficio, el día 4 de mayo del mismo año, y con data del día siguiente, se lo admitió llanamente en ambos efectos⁵⁷, aunque el juez de primer instancia rectificó su resolución, admitiendo el recurso en el efecto devolutivo, pero no en el suspensivo⁵⁸, y le asignó el plazo legal para la mejora de la apelación, en virtud de lo cual el tribunal castellano emitió una real provisión, con objeto de requerir al escribano, que había intervenido en la causa, que expidiera copia auténtica de los autos compulsados, de tal manera que estos llegaron, a la Chancillería vallisoletana, a pesar de la oposición formulada inicialmente por el hermano Santiago⁵⁹.

Notificado el auto, comparecieron las partes en el tribunal vallisoletano, a través de sus respectivos procuradores, donde se cambiaron las posiciones de los hermanos, puesto que Juan Martínez, a través de Manuel Recio, se persona como apelante-actor, y pretende la revocación de la sentencia de primera instancia, solicitando que le absolviera de la acción y demanda contraria, con imposición de perpetuo silencio al hermano menor, además de la especial condena en costas⁶⁰, mientras que la representación procesal de Santiago, José de la Carrera Vaquero, solicita que se confirme la sentencia del juez mirobrigense, con imposición de costas al recurrente.

El recurso de apelación fue examinado por los oidores Toboso, Sanchez y Lafarga, quienes lo dieron “por presentado”, acordando que “dese entrada en forma ordinaria en relaciones. Valladolid y mayo diez y seis de 1791”. El asunto recayó en la sala de lo civil de D. Fernando Muñoz de Guzmán, y por el presidente y oidores del tribunal se encomendó la actuación, como relator, al licenciado José Entero, y como fedatario al secretario de cámara, Bernardo Zamora,

⁵⁶ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fols. 123v-124r.

⁵⁷ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fol. 126r.

⁵⁸ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fols. 127v-128r.

⁵⁹ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fols. 124v-125r.

⁶⁰ ARChVa. Pleitos Civiles. Pérez Alonso (F). Sign. 3491,1 (Legajo 1), fol. 1rv.

ante quien el procurador de Juan Martínez Nieto presentó la mejora de la apelación, a la que se opuso el hermano Santiago, el 19 de julio del mismo año⁶¹.

Con objeto de mover al tribunal vallisoletano a rectificar al pronunciamiento de primera instancia, Manuel Recio, en nombre de Juan Martínez Nieto, solicitó que se incorporase, en autos, la escritura de convenio, fechada el 22 de febrero de 1786⁶², y celebrada entre dicho apelante y su madre, Marta da Gandara, que por primera vez aparece como curadora del hijo menor de 25 años, “otorgada en la villa de La Guardia, por testimonio de José Azores de Puga, además de ejercer como tal curadora entonces de sus hijos menores, “y especialmente del citado Santiago Martínez, y demás interesados a los vienes que quedaron por muerte de el marido de la susodicha, y padre respectivo de mi parte y la contraria, y del testamento otorgado por el padre común, y resultante, en razón de dicha curaduría”, aunque tampoco se aporta a los autos en esta segunda instancia, admitiendo la petición por parte del tribunal, en Valladolid, a 17 de agosto de 1791.

Manuel Recio, contestando a las alegaciones formuladas por la parte contraria, de Santiago Martínez, expuso su punto de vista⁶³, de modo que el juez acepta el escrito y se traslada a

⁶¹ Con los siguientes argumentos: “Digo que la sentencia dada por el vuestro Alcalde mayor de dicha Ciudad, en veinte y ocho de Abril de este año de noventa y uno, por la qual condenó a Juan Martinez, a que pagase a Santiago su hermano mi parte los jornales de seis años y siete meses que acreditó haver estado bajo su dirección, los tres primeros a el respeto de tres reales y medio, los días útiles; y a el de seis, en el tiempo restante con desquento solo de el pago de posada, limpieza de ropa, y manutención, y en todas las costas a justa tasación; es jutas, y digna de confirmar. V. A. se ha de servir estimarlo así, y hacer como se concluire; pues con precisa imposición de costas a el referido Juan Martinez Nieto, se debe hacer por lo que de autos resulta dicho, y alegarse puede a favor de mi parte, en que me afirmo = Y porque Santiago Martinez Nieto mi parte ha probado y concluyentemente con las deposiciones, no solo de su madre y dos hermanos, si, de otros siete testigos, en especial, quatro, que de continuo asistieron con el, y con Juan su hermano, a las obras de albañilería que dicho Juan en el tiempo que le tuvo en su compañía, estando soltero Santiago, que fue el de seis años y siete meses, solo le dio el alimento, ropa blanca, y algun corto auxilio de vestir, como un par de zapatos, o cosa equivalente; que por lo mismo, fueron continuadas las quimeras y desazones entre ambos hermanos, en razón, de que Santiago en la temporada de el año que acostumbraba pasar a Galicia, a ver a su madre, que era la de tres meses, poco mas o menos, pedía a su hermano Juan los jornales que havia ganado como oficial asistente a las obras de albañilería que gobernaba Juan, y este lo resistia, diciendo, que gastaba mas con el en su manutención, y que pues era hermano mayor, y como tal, mantenía el concepto de padre de Santiago, este debía dejar a beneficio de aquel, los jornales, así como lo hacia Juan con su padre quando vivía. Ademas ha probado Santiago mi parte, y se califica por la prueba de Juan su hermano *contra producentem*, que ningún oficial de los que asistieron con ellos a las obras, u otra alguna persona, ha visto que hubiese ajustamiento de quantas entre los dos hermanos Juan y Santiago, sobre que aquel pagase a este el importe de jornales; y que es practica uniforme en Ciudad Rodrigo, el que los maestros de albañilería, ajustan quantas con cada uno de sus operarios a vistas de los otros, o por semanas o de otro modo, de lo que les deben, por razon de jornales, descontando aquellas partidas que les han anticipado. Ni es otra cosa la que se deduce de lo resultante de el que Juan Martinez Nieto llama su libro de caja, pues parece por el, haver dado algunos reales a su hermano Santiago, pero que sobre ellos todavía le quedaba a deber dinero; y este el mejor convencimiento de que no ha habido entre ambos, aquella liquidación y ajustamiento de quantas con el Juan ha tratado de defenderse. En suposición pues de que a las reglas de Justicia y equidad, la sentencia dada por el Alcalde mayor de Ciudad Rodrigo, porque en los tres primeros años, que Santiago mi parte pudo tener el concepto de peon, manda que solo se le abonen tres reales y medio, en cada uno de los días útiles; y en los demás años siguientes a seis, descontando lo que gastase Santiago mi parte por su manutención diaria y ropa blanca... Licenciado don Manuel Mahamud Santa María. Carrera”. Rubricados.

⁶² ARChVa. Pleitos civiles. Pérez Alonso (F). Caja 3491.1 (legajo 4), fols. s. n. rv. Puesto que no están foliados los documentos de este legajo, omitimos citarlos a pie de página.

⁶³ “Digo que la sentencia difinitiva en el dada por el vuestro Alcalde mayor de la referida ciudad (Ciudad Rodrigo) en veinte y ocho de Abril pasado de este año, por la que condenó a mi parte a que pague y satisfaga a su hermano los jornales de seis años y siete meses, los tres primeros a tres reales y a seis el tiempo restante, y sus días útiles, con desquento solo de lo que gasto en posada, limpieza de ropa y manutencion, y en todas las costas, es nula, notoriamente injusto, y quando alguna gravosa y digna de revocar... en teniendo presente que dicha demanda se puso en el año pasado de ochenta y nueve, y que todo el tiempo que ha estado casado, confiesa el mismo haber continuado trabajando con mi parte que le ha pagado este puntualmente sus salarios, y jornales, ajustando y liquidando sus quantas en cada un año, sin haber reclamado judicialmente dde los atrasos, aun quando se concediese haber habido las reconbenziones y altercaciones que se han figurado, el no uso de la respectiva acción en tan dilatado tiempo, la expresa disposición

la parte de Santiago, en Valladolid a 17 de agosto de 1791. José de la Carrera, procurador de Santiago Martínez, presentó un nuevo escrito, en el que afirma que la petición de los testimonios de las escrituras, solicitados por su hermano Juan, solamente pretende alargar plazos, y solicita que se le otorgue un breve término para ello, de modo que si no lo evacua dentro del mismo, se pase el pleito a la Sala, para su vista. Los oidores, que debían resolver el supuesto, señores Muñoz, Riega y Quero, acuerdan, el 6 de septiembre de 1791, dar 15 días como término para los testimonios solicitados, que debían expedirse lejos de la sede del tribunal, no solo la escritura de concierto entre la madre y el hijo Juan, sino lo referido a la herencia de la hermana de la primera, Tecla de la Gándara, causa-habiente de Juan, a quien había atendido en sus últimas necesidades, lo que se notifica a los procuradores, al día siguiente.

Manuel Recio presentó en plazo dichas escrituras, y se dio el pleito por concluso, cuyo decreto se comunica a las partes el 1 de octubre de 1791, pidiendo el procurador Carrera, representante de Santiago, que no se tengan en cuenta dichas escrituras, pero sin obtener la favorable acogida del juzgador.

Visto el asunto litigioso en audiencia pública, el 7 de noviembre, por parte de los semaneros Muñoz, Riega, Quero y Herreros, se remitió, “a causa de haber discordia entre los jueces, a otra sala de lo Civil”, por lo que correspondió, el nuevo examen de la misma, a Gaspar de Lerin, Vicente Noguera y Ulloa, cuya decisión se fecha el 11 del mismo mes y año.

Los jueces citados pronunciaron la sentencia de vista, el 29 de noviembre posterior, confirmando sustancialmente la de primera instancia⁶⁴, y el mismo día se notificó a los procuradores de las partes.

Como la parte de Juan Martínez Nieto no suplicó de la sentencia, el procurador Carrera, en nombre de Saniago Martínez Nieto, puso de manifiesto que la sentencia había pasado en autoridad de cosa juzgada “y que a este efecto se lleve al vuestro oydor semanero”, lo que se

de vuestra Ley y presumpcion de Derecho, en que se funda, prestan sobrado merito para que el inferior hubiese estimado la absoluzion y condenado a la contraria en las costas, como temerario y malicioso demandante; pero teniendo a la vista que en este tiempo intermedio ha habido entre los referidos sus ajustes y liquidaciones, no solo por lo respectivo a salarios, sino tambien sobre otros asumptos aquella legal pretensión se corrobora en unos términos irresistibles: Como es posible además persuadirse ningún sensato, que si a la contraria no se la hubiese pagado, ni el, ni su madre hubieran dejado, hallándose necesitados, o bien de repetir en tiempo, o separarse de la compañía: estas reflexiones y la deposizion de algunos testigos que aseguran haber oído a la misma contraria que mi parte ajustaba sus quantas, y entregaba el alcance, para reportarlo a su tierra, evidencian la notoriedad de su derecho y la injusticia de la sentencia apelada... todos los testigos hablan vagamente y donde se conoce mas la injusticia y temeridad es en la estimazion que se haze de salarios, y jornales, quando despues de casado, no ganaba mas que el de dos reales y medio... Licenciado D. Joseph Cavallero de la Plaza. Rezio”. Rubricados.

⁶⁴ “Relator: Lizenciado Entero. Secretario Zamora. En el pleito que es entre Juan Martinez Nieto vecino del arrabal de San Francisco extramuros de la ciudad de Ciudad Rodrigo y Manuel Recio Gonzalez su procurador de la una parte// Santiago Martinez Nieto natural del lugar de San Miguel de Tabagon obispado de Tui y Josef de la Carrera Vaquero su procurador de la otra: Fallamos que el licenciado D. Nicolas Ruiz Ponce de Leon Abogado de los Reales Consejos, Alcalde maior de dicha ciudad de Ciudad Rodrigo, que de este pleito y causa conoció en la sentencia difinitiva que en el dio y pronunció, en beinte y ocho de Abril pasado de este año, de que por parte de el expresado Juan Martinez Nieto vino apelado, juzgó y pronunció bien, por lo que debemos de confirmar y confirmamos su juicio y sentencia con que para el pago de los jornales de su hermano Santiago, se nombren por uno y otro peritos que regulen los que a debido ganar con arreglo a la hedad, tiempo, y estilo de el Pais; y estando discordes, la Justicia nombre tercero que haga dicha regulacion, y con arreglo a ella se le haga pago de los años que se expresan en dicha Sentencia con el descuento que en ella se menciona; y con lo referido mandamos que con esta sean llevadas a pura y debida execucion con efecto, y no hacemos condenacion en costas de esta instancia, y por esta nuestra sentencia difinitiva asi lo pronunciamos y mandamos. D. Gaspar de Lerin Bracamonte. Dr. Bernardo Riega. Don Alonso de Quero y Valdivia. D. Vicente Joaquin Noguera. D. Francisco de Ulloa y Olmedilla. D. Jayme Lopez Herreros. D. Fernando Muñoz de Guzman. Ha de firmar el señor D. Alonso Quero./ Pronunciose esta sentencia por los señores Presidente y oidores de esta Real Audiencia y Chancilleria de el Rey nuestro señor estando haciendo la publica en Valladolid a beinte y nuebe de Noviembre de mil setecientos noventa y uno, de que certifico yo el secretario de Camara”.

decreta el 13 de diciembre, y dicho oidor, que era Bernardo Riega, dictó el auto oportuno: “Declarase por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia definitiva dada en 29 de noviembre de 1791 en el pleito que menciona la petición de la vuelta, mediante que aunque se notificó el mismo día, se notificó a los procuradores de las partes, no han suplicado de ella, y el termino en que lo pudieron es pasado. En semaneria lo mandó y rubricó el señor D. Bernardo Riega del Consejo de S. M. su oidor de esta Real chancillería. Valladolid diciembre quince de 1791”.

Este pleito, entre ambos hermanos, y otro que se suscitó por la misma causa, de salarios devengados e insatisfechos, entre el susodicho Juan y el hermano menor Francisco, quedaron muy presentes en la memoria de los implicados, como vemos en el testamento que Juan Martínez Nieto otorgó, ante el escribano mirobrigense Joaquín Guzmán, el 19 de julio de 1809⁶⁵, aunque no fallecería hasta el 28 de octubre inmediato posterior⁶⁶, después de recibir los Santos Sacramentos. Juan Martínez Gándara fue inhumado en el convento de San Francisco de Ciudad Rodrigo, sito en el arrabal de su vecindad y próximo a su domicilio, aunque, al igual que con su padre, los oficios acostumbrados se celebraron en la catedral de Santa María, de la localidad mirobrigense⁶⁷.

El supuesto litigioso, que damos a conocer en estas páginas, presenta muchos aspectos dignos de estudio, que no podemos abordar por su extensión, en los cuales aparecen múltiples instituciones relativas a la Recepción del Derecho romano, comenzando por la tramitación procesal, heredada del Derecho posclásico-justiniano, como son, entre otros elementos, la utilización del documento escrito desde la demanda o *libellus conventionis*, y su contestación o *libellus contradictionis*, e insertando en ambos el juramento de no litigar temerariamente, siguiendo con los plazos, la proposición de la prueba y medios que utiliza, desde los testigos a los documentos, pasando por la confesión y las presunciones, hasta la pronunciación de la sentencia y la apelación en el término legal, con un fallo del órgano colegiado hasta constituir la sentencia en autoridad de cosa juzgada⁶⁸.

Con la misma perspectiva, observamos la existencia de dos instituciones de guardaduría, para proteger, a falta del que ejercía la patria potestad, a los menores de 14 años, mediante la tutela, y a los mayores de esta edad, pero menores de 25 años, con la curatela, sin perjuicio del defensor judicial para amparar al menor en sus reclamaciones durante esta etapa de su vida, o curador *ad litem*.

⁶⁵ AHPSa. Sección protocolos. Escribano Joaquín Guzmán. Sign. 1899, años 1807-1813, fols. 360r-364v: “Testamento que otorgó Juan Martínez Nieto, vecino del Arraval de San Francisco”.

⁶⁶ AHDCR. Libro de defunciones de El Sagrario (parroquia de La Catedral), sign. 10/2, fol. 327r. Firma y rubrica la partida de defunción, D. Sebastián Gallardo y Moreno.

⁶⁷ Estaba casado con Agustina Vicente, mirobrigense, con la que contrajo matrimonio en la parroquia de San Andrés, de Ciudad Rodrigo, el 26 de abril de 1789, es decir, con anterioridad a la interposición de la demanda, por parte de su hermano Santiago. Esta consorte fue una de las personas designadas como albaceas testamentarios, por parte de su marido, junto a su tío, D. Domingo Alonso, beneficiado de San Felices de los Gallegos. La viuda, Agustina Vicente, falleció en Ciudad Rodrigo, después de recibir los Sacramentos, el 17 de diciembre de 1830, y fue sepultada en el cementerio público de la ciudad, aunque pertenecía a la parroquia de El Sagrario, según la partida extendida por D. Cándido Acuña: AHDCR. Parroquia de El Sagrario. Libro 10/2, fol. 393. Tiene interés el testamento de la consorte de Juan, porque describe el grupo familiar y su situación personal: AHPSa. Sección protocolos. Escribano Joaquín Guzmán. Sign. 1899, años 1807-1813, fols. 417r-420r: Testamento que otorgo Agustina Vicente, viuda de Juan Martínez Nieto vecina del Arraval de San Francisco, extramuros de la ciudad de Ciudad Rodrigo, estando enferma en cama de enfermedad corporal, pide ser enterrada en el convento de San Francisco, siendo curadora y tutora de las cuatro hijas legítimas con su marido: Bruna, María, Juana y Gertrudis. Se fecha el testamento en Ciudad Rodrigo a 10 de noviembre de 1809.

⁶⁸ Vid. por todos, Álvarez Suárez, U., *Derecho romano*, vol. I. *Introducción, cuestiones preliminares, derecho procesal romano*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 532-50. Cf. Murga Gener, José Luis, *Derecho romano clásico*, vol. II. *El proceso*, Zaragoza, Universidad, 1983.

Entre los negocios, además del testamento o acto de última voluntad, con la institución del heredero, aunque no figura en cabeza del testamento, pero se inserta entre sus cláusulas, siguiendo la práctica hispana, y asignación de cuotas hereditarias, con la excepción del testamento por comisario, inexistente en Derecho romano, vemos a los ejecutores del mismo o albaceas, y el reconocimiento de los bienes dotales, en orden a la titularidad de la esposa, para su libre disposición posterior, en garantía de cuya restitución se articuló la hipoteca legal.

En el ámbito de los contratos, está nítida la aplicación, sin matíz alguno, de la permuta entre los dos hermanos litigantes, por lo que se refiere a las fincas rústicas que intercambiaron en su lugar de origen, con las características del contrato innominado *do ut des*, etc. Fuera del proceso, debemos recordar la prescripción extintiva, respecto de las acciones, que en este caso era trienal⁶⁹, tal como se mantiene en la normativa hispana del Cc vigente de 1889, donde después de disponer, en su art. 1961, que las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo”, añade en el art. 1967, del mismo cuerpo legal español, que son tres años de prescripción, para pagar el importe de sus servicios a menestrales, criados y jornaleros, de acuerdo con lo dispuesto en la Nueva Recopilación de Felipe II 4, 15, 9, aunque la doctrina no era unánime sobre si el hijo tenía derecho a salario por parte del padre, aunque no pudiera reclamarlo hasta su óbito, o si era incapaz del mismo⁷⁰, como entiende la mayor parte de los juristas.

Se pregunta Nicolás Segura, después de identificar quién se comprende bajo el término *filiusfamilias*, dentro del cual están todos los sujetos a la patria potestad, con independencia de la edad, hasta que se independicen del progenitor, bien por la muerte natural u otro hecho jurídico que lo conlleve, o la profesión religiosa, o la adopción en otra familia o la emancipación, que puede tener lugar: por decisión unilateral del padre o por resolución judicial, existiendo mutuo consentimiento, o por costumbre y por matrimonio⁷¹.

Antes de la pubertad, 14 años, viviendo el padre, no tenía capacidad para obligarse contractualmente y percibir por ello un salario, lo que no ocurre, muerto su progenitor, en 1773, con edad superior a la pubertad, y asistencia de su curador, que probablemente era el hermano mayor, aunque no podemos asegurar este hecho, y solamente deducirlo de las afirmaciones de Juan, quien afirma que ha estado “bajo su gobierno y dirección”, o lo que es lo mismo, en su guardaduría, compatible con la que ejercería la madre en San Miguel de Tavagón, respecto de las hijas menores, como tutora y curadora.

Por otro lado, se insiste por este autor, que el hijo debe reverencia y afecto al padre, mientras el generante no puede exigirle que trabaje en su actividad, y menos que deje una relación laboral que tenga con un extraño para que ponga el servicio a su disposición, recordando que el hijo tiene plena capacidad, con ocasión de su peculio, para contratar, tanto civil como naturalmente.

En nuestra investigación, destacamos, en primer lugar, la situación del hermano menor, que comienza su labor profesional como sirviente, o fámulo, o simple criado, puesto que se le llega a identificar con dichos términos, pero sin asumir todavía la categoría de peón, a causa de

⁶⁹ Así lo confirma Fagúndez, Esteban, *De iustitia et contractibus, et de acquisitione et translatione dominio, libri septem*, Lugduni, sumpt. L. Anisson et haerd. G. Boissat, 1641, p. 196. Cf. Pérez y López, Antonio Xavier, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, Madrid, imp. de A. de Espinosa. 1798, p. 40, s. v. arrendamiento: pasados tres años, los abogados, procuradores, agentes ni solicitadores de pleitos, no puedan pedir sus salarios, si no es que se haya contestado a la demanda: ley 32.

⁷⁰ Vid. Rodríguez Fermosino, Nicolás, *De exceptionibus, praescriptionibus, sententiis et appellationibus, ad titulum VI, libri II Decretalium Gregorii Pontificis IX*, Lugduni, sumpt. H. Boissat et G. Remeus, 1662, cap. 1, quaestio IV, pp. 75-76.

⁷¹ Segura, Nicolás de, S. I., *Tractatus de contractibus in genere et testamentis*, Salmanticae, ex of. typ. A. Jos. Villar-gordo, 1731, pp. 208-23.

la edad, durante la vida del padre, y que se le aplicaría cuando éste lo traslada a Ciudad Rodrigo en su compañía, de modo que no se le puede suponer incurso en el régimen salarial propio de una de las condiciones que le acercaban a la retribución. Santiago Martínez, que con 11 años, según su propio testimonio, colaboró con el progenitor y su hermano mayor Juan, en las tareas que le asignó su ascendiente, no asumiría, en su etapa de principiante, la condición de aprendiz, aunque realizara su cometido⁷², debiendo recordarse que este, de ordinario, pagaba al maestro por adquirir los conocimientos propios del arte⁷³, resultando evidente que no ocurrió en este caso.

Conforme a las prestaciones que recibe de manera estable del hermano mayor, y reconoce este, además de incorporarse su valor en la sentencia, a efectos del monto adeudado por el entonces maestro albañil, no hay duda que son una serie de prestaciones acordes con los aprendices, tal como refiere la doctrina de la Edad Moderna⁷⁴ y los historiadores de las relaciones laborales, advirtiendo el portugués Manuel Barbosa “*quod puer non meretur salarium servitij nisi post quatuordecim annos expletos, puella vero post duodecim, quod ante hanc Ordinationem iudicatum fuisse refert Cabedo*”.

En el mismo sentido se pronuncia el también jesuita Gaspar Hurtado⁷⁵, quien después de recordar que el salario o estipendio debe pagarse conforme al acuerdo entre los contratantes o conforme a la normativa vigente o a la costumbre del lugar, a falta de los anteriores modos.

Otra cosa diferente se produjo, a partir de los trece o catorce años, porque en el momento de la muerte de su progenitor, ya ejecutaba tareas de peón albañil, disputándose entonces acerca de la retribución que el maestro, Juan Martínez Nieto, padre común de los dos hermanos gemanos, según terminología justiniana de las Novelas, le hubiera asignado, dentro del grupo de obreros que tenía en su cuadrilla.

Este aspecto nos hace valorar brevemente la importancia del gremio profesional y su jerarquía, en la que posteriormente ascendería Santiago, primero a oficial y, finalmente, a maestro, categoría que disfrutaba al interponer la demanda de los salarios⁷⁶.

En la *locatio operarum* surge la distinción de jerarquías gremiales, como fenómeno de relevancia extraordinaria para el establecimiento de una estricta relación laboral⁷⁷, separando al maestro, por un lado, y a los oficiales y aprendices, por otro. La distinción por grados de categoría laboral es totalmente distinta en el régimen gremial que en la actualidad, porque hoy la “categoría profesional” tiene el valor de la vinculación personal del trabajador a un grado, a una clase, a una especialidad dentro del trabajo, pero persiste en la persona la misma situación jurídico-laboral: la del trabajador dependiente por cuenta ajena. En cambio, en el sistema gremial, el ascenso de grado, en la jerarquía, no implica cambio de signo entre las dos categorías más bajas, pero sí entre la segunda y primera: el oficial que pasa a maestro no se limita a ascender un grado en la

⁷² Vid. Bayón Chacón, Gaspar, *La autonomía de la voluntad. (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español)*, Madrid, Tecnos, 1955, pp. 219-221.

⁷³ Vid. García Sánchez, Justo – García Fueyo, Beatriz, “De la *locatio-conductio operis* romana al moderno contrato de formación profesional”, en *O Sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*, Coimbra, Universidad de Lisboa, 2010, pp. 533-646.

⁷⁴ Cf. Barbosa, Manuel, *Remissiones doctorum ad contractus, ultimas voluntates, et delicta spectantes. In librum quartum et quintum Ordinationum Regiarum Lusitanorum, cum concordantijs utriusque iuris, legum Partitarum*, p. 58-60.

⁷⁵ Hurtado, Gaspar, S. I., *Tractatus de iustitia et iure*, Matriti, apud Io. Sanchez, 1637, fols. 231r-232v.

⁷⁶ Cf. Bayón Chacón, Gaspar, *La autonomía de la voluntad (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español)*, Madrid, Tecnos, 1955, pp. 60-63 y 184-227.

⁷⁷ Cf. Bayón Chacón, Gaspar, op. cit., pp. 184-227.

jerarquía laboral, sino que simultáneamente cambia su posición jurídica en la relación laboral, y se transforma de *conductor*, como peón u oficial, en *locator*, una vez llega a la condición de maestro, es decir, de hombre que arrienda sus servicios, en el primer supuesto, en empresario, que toma en arriendo los servicios ajenos⁷⁸.

Iniciada la relación laboral, en el arrendamiento de servicios, dentro del trabajo industrial libre, existían ciertas circunstancias que obstruían u obstaculizaban el acceso a la maestría, porque el maestro puede en ocasiones celebrar contratos de trabajo con un número determinado de oficiales y aprendices que posean a su vez determinadas condiciones, y al grado de maestro se llega después de un examen.

Por lo que se refiere a los oficiales de la industria, cuyo título de oficial era indispensable, si se deseaba iniciar, con un maestro, una relación laboral con dicho grado, se precisaba superar unas pruebas técnicas, de tal manera que para alcanzar la categoría de oficial se exigía, ante todo, un cierto número de años de aprendizaje, exigencia que constituyó no solamente el procedimiento eficaz como garantía de una competencia, sino también como medio de impedir el rápido acceso al oficialato, e incluso para regular indirectamente el número de oficiales, a la vez que mantener un cierto nivel de prestigio y de ingresos entre ellos, degenerando en un monopolio familiar, como ya denuncian las Partidas 5, 7, 2: “ponen coto en otra manera, que non muestren sus menesteres a otros; si non a aquellos que descendieren de sus linajes dellos mismos”⁷⁹.

Por lo que se refiere a la jornada, inicialmente era de libre convenio, pero en el trabajo industrial se regula, en una primera etapa⁸⁰, conforme a los usos locales y necesidades de los diversos oficios, generalmente apreciados y regulados por los municipios, pero en época posterior, con el auge de los gremios, viene prevista en las ordenanzas, junto a disposiciones de carácter general, siendo lo normal de sol a sol, con un descanso discrecional a mediodía, norma que se prolonga para diversos oficios industriales, hasta el reinado de Carlos 5, que en 1548, que lo establece así especialmente.

La nueva Recopilación, como hemos indicado, se mantiene para los menestrales, sometidos a la jornada de sol a sol, su obligación de presentarse a la plaza del pueblo para el destino al trabajo diario: Recop. 7, 11, 2, que pasa a la Novísima Recop. 8, 26, 1, disponiendo, para todos los oficios, la prohibición de juegos de envite, suerte y azar durante las horas de trabajo, que eran de 6 a 12 del día, y desde las 2 de la tarde a las 8 de la noche. Es decir, la jornada normal era de doce horas, y así se mantuvo todavía en la Pragmática de Carlos III, de 6 de octubre de 1771, recogida en la Novísima Recopilación 12, 23, 15, a pesar de lo cual los preceptos sobre la jornada varían en las ordenanzas municipales y normas específicas.

Miguel Palacio redacta, en estos años del ejercicio profesional en la albañilería de la familia Martínez Nieto, un discurso, para ensalzar el trabajo mecánico y su benéfico influjo en la

⁷⁸ No obstante, entre el maestro gremial y el moderno hay una clara diferencia, porque éste no necesita ser del oficio, sino que se puede limitar a ser un empresario-industrial en sentido moderno de la palabra, un capitalista que monta una empresa, en la que trabaja, vigila el trabajo de los demás o se limita a la aportación económica, encomendando la dirección técnica a profesionales competentes. En cambio, el maestro gremial es siempre un obrero de la más alta especialización dentro del oficio, y solo en determinadas ocasiones excepcionales, como la enfermedad o la edad, se separan las cualidades de empresario y maestro director y trabajador. Con la decadencia gremial, el taller pierde su base laboral para convertirse en empresa fundamentalmente económica, y pueden encontrarse múltiples casos de viudas e hijos de maestros que son empresarios, sin participar de modo efectivo en el trabajo, ni en su dirección.

⁷⁹ El período de aprendizaje en Castilla, con carácter general, fue de seis años, si bien es un período excesivo en general. La Nueva recopilación fijó el plazo de dos años en el aprendizaje para la fabricación de paños, Nuev. Recop. 7, 13, 99, y algunas disposiciones de carácter municipal sancionan con multas de cierta cuantía a los maestros que admitan como oficiales a aprendices que no hubieran cumplido el tiempo señalado por las Ordenanzas.

⁸⁰ CF. Bayón Chacón, Gaspar, op. cit., pp. 208-210.

vida ciudadano, de modo que en pleno proceso de descomposición y ataque a los gremios, representa un intento por mantener plenamente vigente la organización, desde los puntos de vista que fueron más fructíferos para los ciudadanos, no solo en el plano laboral, sino en el personal y social⁸¹.

El principal investigador en esta materia, Rumeu de Armas⁸², después de señalar que el gremio nació por motivos económicos, característicos de la época, como la escasez de habitantes y de numerario; aislamiento de los centros de población, por falta de comunicaciones; frecuente estado de belicosidad; vida pobre y escasa, necesidad de evitar una superproducción, llegó a un cierre del gremio sobre sí mismo, para que el número de los que ejercían un mismo oficio no fuera excesivo. El examen era el primer paso, porque llevaba aparejado la carestía para su adquisición, junto al privilegio de la familia gremial, de modo que el gremio, nacido en el siglo XII como “oficio organizado”, unido y reglamentado, sigue en el XVI como tal, pero cerrado y estancado, a pesar de que la Recopilación de Felipe II dispuso que el municipio fuera la autoridad competente en todo lo relativo a la reglamentación del trabajo, dependiendo de él directamente, además de preceptuar que las Justicias y regimiento de cada pueblo vieses las ordenanzas de los oficios, e hiciesen las que fueren necesarias para uso de los mismos, con lo cual aparece el gremio sancionado y autorizado por la legislación fundamental del Estado.

El gremio estaba jerarquizado, en una escala comparable a los momentos “culminantes” de la vida del hombre: aprendizaje, que era como la niñez; oficialazgo, que equivalía a la juventud; magisterio, que era como la madurez. En el gremio no se podían hacer carreras vertiginosas, pues cada escala o grado tenía marcado su tiempo fijo y regulado en sus mínimos detalles. Se iniciaba con el aprendizaje, al ingresar en el oficio, y las ordenanzas lo regulaban, limitando al maestro para que no pudiera tener más que un número determinado y corto de aprendices, aparte para que el aprendiz no pudiera abandonar al maestro sin su permiso: el plazo fue muy variado, pero en el siglo XVI era de dos a cuatro años. Otra limitación venía por la edad del aprendiz: en muchos reglamentos se especificaba la edad de ingreso, y la que permitía pasar al oficialazgo, la primera solía estar en los 16 años, y la segunda en los 20. Exigiéndose además la limpieza de sangre.

Cumplido el tiempo de aprendizaje, se entraba en el segundo grado de la enseñanza u oficialazgo, que abarcaba desde que se abandonada la clase de aprendices hasta ingresar en la de maestros.

Un tiempo mínimo tenía que permanecer el oficial en su nueva clase, y solía ser de dos años, pasados los cuales podía solicitar la admisión al examen, sin que ello fuera obligatorio, porque podía permanecer indefinidamente en la clase, bien por no encontrarse en condiciones para pasar la prueba, o por ser rechazado en ella, o bien por no tener recursos para sufragar los gastos ocasionados por el examen. En uno y otro caso, el oficial trabajaba a jornal en el taller de un maestro examinado, pero nunca por cuenta propia.

La tercera y última categoría en el gremio era la del maestro, que formaban el núcleo fundamental, por los privilegios e inmunidades de que disfrutaban, y al que no se podía llegar sino mediante prueba que sirviese para el reconocimiento público de determinada pericia, y así surgió el examen. Los derechos a pagar por el examen eran muy variados, porque dependían de

⁸¹ Vid. Palacio, Ramón Miguel, *Discurso económico político en defensa del Trabajo mecánico de los menestrales, y de la influencia de sus gremios en las costumbres populares, conservación de las artes, y honor de los artesanos*, Madrid, imp. de A. de Sancha, 1778, pp. 23-25.

⁸² Rumeu de Armas, Antonio, *Historia de la previsión social en España. Cofradías – Gremios – Hermandades – Montepíos*, Madrid, Revista de Derecho privado, 1944, pp. 181-197.

ser convecinos, forasteros o parientes de los agremiados, y esas cantidades solían ir a parar a la cofradía gremial con fines benéficos.

El examen era controlado por un tribunal de examinadores, realizando el aspirante una pieza de examen, que unida a los ejercicios teóricos o memorísticos, servían para la calificación final. Superada la prueba, se le inscribía en la categoría de maestro, pudiendo, si se le suspendía, desistir o volver a otro examen ulterior⁸³.

En segundo lugar, tampoco aparece Santiago como mero fámulo, al servicio doméstico de los dos miembros de su casa, que trabajaban profesionalmente, ya que expresamente se indica que, desde que se instaló en Ciudad Rodrigo, no tuvo ningún afán de este tipo, como sería traer el agua a los operarios, acudir con herramientas livianas, ropa u otros utensilios, encargándose al principio su padre, y posteriormente el hermano mayor, de su alojamiento, lavadura de ropa, comida, vestido y calzado, por los deberes inherentes al responsable de la familia.

Esta situación del grupo doméstico gallego, de los Martínez Nieto, con los padres y siete hijos legítimos, tres varones y cuatro mujeres, nos recuerda, viviendo el padre, e incluso después de fallecido, respecto de la hija que sirve en una casa ajena, el esquema de la tradicional familia romana, en la cual todo lo que adquieren los hijos, hasta que se independizan o emancipan del hogar paterno⁸⁴, como ocurre en caso de matrimonio en nuestro Derecho histórico, engrosa el patrimonio del hogar, salvo el caso de los peculios, a los que siguen refiriéndose los autores hispanos, al mismo tiempo que destacan la inhabilidad de los hijos para recibir, en ese estado, un salario de los padres, por el trabajo que realicen en su compañía, porque las obligaciones respectivas se reducen a la reverencia y afecto, así como al deber de obediencia, del descendiente respecto al ascendiente, mientras este último asume el deber de protección y educación, en los que figuran la manutención y demás imprescindible para la vida, así como la instrucción para su ulterior autonomía social, incluyendo la habilidad en una profesión o arte.

Menos comprensible e injustificable es la argumentación reiterada del hermano Juan, para justificar su enriquecimiento con el salario de los hermanos, apoyado en el lugar de primogenitura, que le facultaba para “actuar como padre”, u “ocupar el puesto de padre”, sin más obligaciones y derechos que los derivados de un afecto fraterno, prescindiendo totalmente de la relación contractual que les ligaba, y procedía de la etapa anterior, con el padre común como maestro de la albañilería.

En tercer lugar, el modo de vida que practicaban los migrantes gallegos que ejercían un oficio en Ciudad Rodrigo, implicaba algunos aspectos relevantes: ante todo, los desplazados no perdían, en general, el arraigo de su naturaleza, sino que mantenían en Galicia su domicilio y familia, por lo cual, solo a efectos de residencia, pasaban nueve meses en Ciudad Rodrigo (Salamanca), y los tres restantes, desde mediados de diciembre hasta finalizado el carnaval o inicio de Cuaresma, en su domicilio de San Miguel de Tabagón, con múltiples tareas a favor de la familia, desde el ejercicio de su arte hasta el cuidado de ganado u otros servicios, sin perjuicio de aportar capital, que normalmente invertían en la adquisición de pequeñas propiedades rústicas, cuya rentabilidad quedaba confiada a las mujeres de la casa, las cuales también colaboraban en ese ámbito; además, formaban un grupo social, con vínculos familiares y de origen, a fin de protegerse recíprocamente, manteniendo su solidaridad en la profesión, no solamente de asesoramiento, sino incluso a la hora de facilitarse las herramientas indispensables en el oficio, cuando no podían adquirirlas para su dominio; sorprende su integración en las costumbres del nuevo

⁸³ Romeu de Armas, Antonio, op. cit., pp. 319-330. Cf. Rodríguez Campomanes, Pedro, *Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento*, Madrid, imp. de Sancha, 1775.

⁸⁴ Vid. Schulz, Fritz, *Derecho romano clásico*. Trad. de J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, pp. 145-147. Cf. Fernández de Buján, Antonio, *Derecho privado romano*, 7ª ed., Madrid, Iustel, 2014, pp. 246-251.

territorio, con cuyo objeto acuden a las diferentes ferias, aunque ello no suponga incremento de contratos, como son la que anualmente tenía lugar en la Peña de Francia, cuyo santuario era objeto de especial veneración en la comarca, y esto explica que, fallecido el padre, su hijo Juan encargue una Misa en el propio santuario para suplicar por el Eterno descanso de su alma, y que esto lo hiciera en la víspera de su fiesta, el 8 de septiembre, o la de Botijeros, que todavía hoy celebran los mirobrigenses, un día de la segunda semana de Cuaresma⁸⁵.

En cuarto lugar, la organización de esos oficios que ejecutaban los integrantes de la familia Martínez Nieto, identificados casi siempre como albañiles, y en algunos asientos canteros, que no era una profesión ignota en la localidad, como demuestra que en el Catastro del Marqués de la Ensenada, a mediados de la misma centuria, se citan en el oficio de albañiles, a tres maestros y cuatro oficiales, a los que se asignan ciento ochenta días de trabajo, o como dicen los autos, los días útiles conforme al burrillo o almanaque que lo regulaba, “y por jornales, a cada uno de los maestros, seis reales de vellón al día, y quatro a los oficiales”, mientras se contabilizan cinco maestros picapedreros o canteros, cada uno de los cuales percibía como jornal diario, la cantidad de cuatro reales y medio, añadiendo: “y lo mismo, siempre que tengan oficiales, se les regulará su jornal a dicho precio”⁸⁶, cuya cuantía quedó desfasada a tenor de las retribuciones salariales que vemos en los autos, ya que al oficial se le reconocen los seis reales diarios, que era el jornal anterior del maestro albañil.

Otro aspecto merece ser destacado: la manutención de los alarifes, residentes en Miróbriga, ya que dos mujeres, citadas por Santiago Martínez a deponer en su causa, y responsables de su atención, son contestes en lo que era objeto de su nutrición, con el valor económico de la misma, respecto de la retribución que percibían como jornal.

Juana Martín, de 44 años, esposa legítima de Antonio Hipólito, vecina de Ciudad Rodrigo, declaró en 1790, a propuesta de Santiago Martínez Nieto, después de jurar por Dios y a una Cruz, “dijo que el padre común de los dos hermanos litigantes, murió, quince, ó diez y seis años hace estando de posada en casa de la testigo teniendo en su compañía dichos dos hermanos, y otro mas pequeño llamado Francisco, y después/ de la muerte del padre siguieron de posada los tres hermanos por espacio de seis, á ocho años con cuio motivo le consta que Santiago tuvo varias altercaciones con Juan su hermano sobre las herramientas del padre común, y acerca de que dicho Juan no le avonava, ni pagava sus jornales, haciéndose dueño de todo”, pero respondiendo al cuarto punto del interrogatorio, matiza el extremo que nos ocupa⁸⁷:

Que la testigo siempre estuvo en la creencia de que Juan no pagava à Santiago los jornales, ò salarios, que ganava, mediante las frequentes quimeras, que havia entre los dos, y con expecialidad, al tiempo de que Santiago se marchava a la tierra, que era regularmente ocho ó diez días antes de la Navidad de cada año, volviendo después à continuar el trabajo por el mes de Marzo del siguiente año, constando à la testigo que las quimeras de Santiago con Juan solo consistían en que este se resistía siempre// à ajustar la quenta à aquel de lo que havia ganado en la temporada, sin quererle dar ni entregar mas dinero para ir a la Tierra, que el preciso para el gasto del camino, y

⁸⁵ Según el *Libro del Bastón*, en el último tercio del siglo XVIII, había dos grandes ferias, aparte del mercado semanal de los martes, fruto de la concesión de los Reyes Católicos, a finales del siglo XV. La “llamada del Botijero, desde el martes primero de Quaresma hasta todo el jueves siguiente”, y la otra “desde el martes después de la Ascensión hasta todo el jueves próximo”. “Departamento de El Bastón de la muy noble y muy leal ciudad de Ciudad Rodrigo. Año de 1770”. Prólogo de Constancio Bernaldo de Quirós, Madrid, imp. Helénica, 1929, inserto en *Provincia de Salamanca. Revista de estudios*, 2, 1982, Salamanca, Diputación provincial, p. 250. Cf. Sánchez Aires, Casiano, *Breve reseña geográfica, histórica y estadística del Partido judicial de Ciudad Rodrigo*, Ciudad Rodrigo, imp. de C. Iglesias, 1904, p. 8.

⁸⁶ *Ciudad Rodrigo 1750. Según las respuestas generales del Catastro de Ensenada*. Introd. Ángel Cabo Alonso, Madrid, Tabapress, 1990, p. 91.

⁸⁷ ARChVa. Pleitos civiles. Pérez Alonso (F). Caja 3491.1 (legajo 2), fols. 41v-42r.

vió la testigo que varias veces recombino Santiago al tiempo de marcharse à Juan que siempre se quedaba, que viese quanto le dava para entregar à su madre, y Juan respondia que nada, porque dicha su madre devia mantenerse con lo que tenia allà, y que lo que ellos ganavan era suio, sin que tuviese parte su madre. Y por los muchos Gallegos que ha tenido de posada en su casa, sabe, y le consta, que qualquiera, que viene à trabajar á esta tierra, ganando seis reales de jornal al dia le quedan libres en la temporada para llevar a su casa de seiscientos à setecientos reales, después de mantenidos, y pagada posada en que gastan por esta inclusa lavadura de ropa siete reales al mes, y en comer cinco reales cada semana por reducirse a media livra de carne, un cuarto de verdura, y un ochavo de aceite en cada un dia, fuera del importe de pan que este lo toman separadamente/ pagándole semanal, ó mensualmente, según se combienen con la Panadera, que se lo suministra.

Con el mismo objeto, fue interrogada Magdalena Valiente, de 32 años de edad, mujer legítima de Bernardo Hernández, vecina del Arrabal de San Francisco, extramuros de Ciudad Rodrigo, la cual depuso después de jurar conforme a Derecho, reconociendo⁸⁸:

Que después de la muerte del padre común de los dos hermanos Juan, y Santiago, y quando se salieron de la posada de Juana Martín donde estuvieron muchos años antes, y después de la muerte del padre, se pasaron a la casa de la testigo dichos dos hermanos y estuvieron en ella juntos como dos años con poca diferencia, en cuió tiempo observó que Santiago tenía muchas altercaciones, y quimeras con Juan sobre las herramientas del padre común, quexandose Santiago de que Juan no le avonava, ni pagava sus jornales haciéndose dueño de todo, cuias desazones, y quexas, por lo regular eran los// días de Domingo, que es quando los Arvañiles, y Peones covran los jornales de la Semana vencida, y tambien eran las quimeras quando Santiago havia de marcharse a la Tierra por negarse Juan a darle, lo que havia ganado en la temporada, y el se havia embolsado à pretesto de hermano maior, pues decía estava en lugar de padre, y por tanto no le dava mas que para algún par de zapatos, la comida y gasto de posada que en estas dos cosas ningún Gallego expende mas que siete reales al mes, por cada asistencia y lavadura de ropa, y cinco reales cada semana por la comida, que se reduce à media livra de carne, un cuarto de verdura, y un ochavo de aceite (sic) todos los días, fuera del importe de pan, que este le pagan con separación semanal, ò mensualmente, según se combienen con la panadera de donde lo toman, y responde.

Por último, ya que estamos en un contrato de arrendamiento de servicios o *locatio-conductio operarum*, proveniente del Derecho romano, siempre se alude al jornal en dinero que deben percibir los obreros, conforme a su categoría profesional, aunque la cuantía dependa del acuerdo personal entre el maestro y el trabajador, lo que permitía notorias fluctuaciones en la cantidad convenida. No obstante, llama la atención que el hijo menor, viviendo el padre, y a pesar de su corta edad, ya estuviera percibiendo un salario, idéntico al peón, y la sentencia pronunciada por el juez de primera instancia, que vino confirmada por el tribunal superior de la Real chancillería vallisoletana, deja patente que la contraprestación por el trabajo ejecutado es una *merces* en dinero, de modo que las prestaciones citadas en especie, como eran el gasto por alojamiento, la comida, el lavado de ropa o los zapatos, eran tomados en consideración para, una vez evaluados en dinero su cuantía, minorar el alcance del numerario que debía pagar el maestro albañil o cantero, pero nunca una retribución compensatoria por el servicio.

Sorprende que uno de los puntos de mayor disputa fuera el salario que percibió el menor de los hermanos, ya que no hay concordancia en los testigos presentados, ni tampoco en las alegaciones de las partes, de modo que mientras algunos reconocen que inicialmente no pasaría de un real al día, otros hablan de dos reales o dos y medio, y el mismo demandado de tres reales, para luego rebajar su cómputo hasta asumir que eran seis reales diarios, una vez que obtuvo el rango de oficial.

⁸⁸ ARChVa. Pleitos civiles. Pérez Alonso (F). Caja 3491.1 (legajo 2), fols. 43v-44r.

Como vemos, siempre se habla de *pecunia numerata*, y con ese contenido se pronuncia la sentencia, en primera y segunda instancia. La merces es elemento esencial, objeto del contrato, y su fijación quedaba, ya entonces, al libre arbitrio de las partes, donde la voluntad se convierte en norma, como sucederá en el régimen liberal, ya que uno de los testigos, que intervienen, reconoce que el maestro puede asignar a un niño, recién incorporado, el salario de un oficial, o seis reales.

En cuanto al abono periódico de la *merces*, Bayón Chacón⁸⁹, a la luz de la experiencia existente en los gremios y la normativa patria, entiende que no existe un sistema uniforme entre las diversas épocas, lugares y oficios, ni siquiera dentro del mismo gremio, de modo que el sistema de la agricultura, del pago diario, es norma general, pero el pago diario a los obreros no debe ser tomado en sentido de general aplicación, aunque en la Nueva, 7, 11, 4 y Novísima 8, 26, 2, se conecta con la presentación de los menstrales en las plazas de los pueblos para su destino al trabajo diario: es la jornada romana indivisible y unitaria, pero aplicable solo a la masa de trabajadores libres de las ciudades y pueblos, donde no existe organización gremial, ya que en los Estatutos gremiales se deja libertad para concertar el pago por años o por meses⁹⁰.

En cuanto a la fijación del salario en Castilla, fueron los concejos los que intervenían durante la Reconquista en la fijación de las soldadas, a la vez que en el precio de las mercancías, como se demuestra en el Fuero de León, al que siguen otros como el de Alcalá. En otros fueros se advierte un amplio margen de libertad contractual, como en el Fuero de Cuenca, donde se observa un cierto margen en el alquiler de los obreros: 4, 4, y 5, y el de Soria, que remite a los que acuerden el señor y los “aportellados”.

En cuanto a la forma de salario, el maestro paga normalmente por tiempo en dinero, a sus oficiales y aprendices. El salario total o parcial en especie, corriente en la agricultura, y esencial en el servicio doméstico y en el mar, no es normal en el trabajo de la industria. Únicamente en el régimen de taller, con oficiales o aprendices que comen y hasta duermen en casa del maestro, se regulan los gastos que ello suponga, como una parte del salario, aunque sea más general dar vida independiente a la remuneración laboral y a los gastos de mantenimiento y vivienda, abonando aquél íntegramente, en teoría, y pagando después el importe de la manutención y vivienda⁹¹.

Al final del período de la Edad Moderna, aparecen especialmente protegidos los salarios, por su definición de créditos privilegiados o preferentes, en virtud de la resolución de 25 de noviembre de 1782, que se publica juntamente con el establecimiento de un interés del 6 por ciento sobre los jornales atrasados, según Real cédula de 26 de octubre de 1784. Ambas disposiciones pasaron a la Novísima Recopilación 10, 11, 11 y 12, estableciendo la competencia de los juzgados ordinarios para los pleitos sobre salarios, con derogación de cualquier otro fuero, según Nov. Recop. 10, 11, 15, que recoge la resolución, a consulta de Carlos III, de 20 de enero de 1784.

Hace tres cuartos de siglo, el civilista asturiano Miguel de las Traviesas⁹², comentando la doctrina italiana más avanzada en aquel momento, matizaba que “la diferencia entre el arrenda-

⁸⁹ Bayón Chacón, Gaspar, op. cit., pp. 213-221.

⁹⁰ Vid. Beneyto, Juan, *Instituciones de Derecho histórico español, ensayos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1930, p. 222.

⁹¹ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, nueva edición ref. y cons. aum. por L. Gallindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. I, Madrid, imp. de Sordomudos, 1874, pp. 722-723, s. v. Arrendamiento de trabajo personal.

⁹² Traviesas, Manuel Miguel, “Contrato de arrendamiento. De servicios y de obra”, en RDP 6, 1919, Madrid, Revista de Derecho Privado, pp. 34-48.

miento de servicios, respecto del de obra, consiste en que el trabajador se compromete a desplegar cierta cantidad de trabajo, poniéndose a disposición de la otra parte, a quien corresponde señalar la dirección de esa actividad, para la obtención del fin que se propone”, porque la prestación del trabajo, en lo que atañe a su actuación técnica, está sujeta al criterio directivo del destinatario del trabajo. Es el destinatario quien la guía, la encauza, en el sentido que quiere, porque el destinatario es el centro, el señor del negocio, es decir, de la conexión de aquella prestación con el resultado a que debe servir, y sobre el destinatario recaen los riesgos⁹³.

Respecto de si el precio o *merces* puede consistir en cosa que no sea dinero, afirma: “No hay duda que no puede obtenerse un precio cierto sino utilizando el dinero o cosa que se utilice en función de dinero... la prestación *in natura* no debe agotar toda la merced, porque no habría un verdadero precio, hablando del arrendamiento de servicios”, advirtiendo que “se tiende, en Derecho comparado, a imponer la obligación de pagar la merced al trabajador en dinero, como reacción contra el llamado *truck system*, en virtud del que se paga la merced *in natura*, obligando, a veces, a los trabajadores a que compren en economatos de la empresa, y para cobrar las ventas, se le retiene el importe de los salarios que, de esta suerte, no son percibidos por el trabajador.

Estos hechos, que se ponen en funcionamiento a principios del siglo XIX, son los que han motivado una parte de la normativa legal vigente, a nivel interno e internacional⁹⁴. El vacío jurídico del régimen liberal en su regulación, ha sufrido tal evolución, que actualmente “la prestación laboral no es un mero arrendamiento de servicios, sino la integración del factor humano en una célula de la producción, a la que está ligado en las vicisitudes que atraviese, y se encuentra regulada no solo por reglas generales y adjetivas, sino por reglamentaciones dictadas para cada profesión de forma obligatoria, inderogable y tan minuciosa y casuística, que dejan escasos márgenes de actuación a la voluntad de las partes”.

Destaca Alonso Olea⁹⁵, que en el Derecho romano tardío se produjo el comienzo de la aparición de los indicios de un trabajo libre por cuenta ajena, a través de la *locatio-conductio operis*, y de la *locatio-conductio perarum*, en la cual “hay una cesión del trabajo mismo, aunque sea la cesión de los frutos del trabajo la causa jurídica y la finalidad económica del pacto”.

Este enfoque se ha plasmado en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores español, al disponer que el contrato de trabajo es aquel mediante el cual una persona física, el “trabajador”, se compromete a prestar “voluntariamente” “sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, denominada empleador o empresario”, de modo que el objeto del contrato son los servicios o la actividad de trabajo del operario, pero “subordinados”, a prestar dentro del ámbito de organización y dirección del empleador, implicando prestaciones recíprocas, por un salario o remuneración, no por imposición legal externa, sino en virtud de un acuerdo entre los sujetos⁹⁶.

⁹³ Vid. De Buen, Demófilo, *Derecho civil español común*, Madrid 1922, pp. 488-495

⁹⁴ Vid. por todos, Martín Valderse, Antonio – Rodríguez Sañudo, Fermín - García Murcia, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 25ª ed., Madrid 2016, pp. 515-516.

⁹⁵ Alonso Olea, Manuel, *Introducción al Derecho del trabajo*, 2ª ed. rev., Madrid, Revista de Derecho privado, 1968, pp. 57-59.

⁹⁶ Tres notas lo caracterizan: 1. El trabajador está implicado personalmente (“físicamente”) en la ejecución del contrato consensual. 2. Es un esquema de contrato en el que se intercambian bienes económicos y 3. Es un contrato duradero y de contenido abierto, ya que las prestaciones se prolongan en su ejecución a lo largo del tiempo, por lo cual muchas condiciones o términos no están fijados de manera precisa y definitiva en el momento del consentimiento contractual inicial.

Recuerda Ojeda Avilés⁹⁷, que el régimen jurídico del salario se encuentra básicamente en los arts. 26 a 33 del ET. Según el art. 26.1 del ET “se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”.

Al señalar los tres rasgos característicos del salario⁹⁸, no duda en sostener que tiene un contenido económico, pero no necesariamente numerario, porque puede ser “en dinero o en especie”, entendiendo la segunda como un bien distinto al dinero, tales como alojamiento, o manutención, ya para uso directo por el trabajador, ya para su transmisión a otros mediante precio.

Dados los abusos que existieron en el siglo XIX en supuestos de salarios en especie, baja calidad del producto entregado, inadecuada valoración económica etc., se dispone: “en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador”, y tal tipo de salario no puede dar lugar “a una minoración de la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional”, según las reglas del art. 26.1 ET, que afectan a todas las relaciones laborales, incluida la de empleados del hogar. Por este motivo, el art. 4.2 del Convenio OIT, número 95, de 1949, ratificado por España, prescribe que en caso de autorizarse el pago parcial del salario en especie se adopten medidas para que las prestaciones sean “apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia”, y para que el valor atribuido a ellas sea “justo y razonable”⁹⁹.

REFERENCIAS

AA. VV., **Tratado práctico de Derecho del Trabajo**, vol. II. **Contrato de trabajo y relación individual de trabajo**..., dir. por A. Martín Valverde y J. García Murcia, 2ª ed., Cizur la Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2012.

ACCURSIO, **Glossa in Codicem**, Venetiis 1488, en **Corpus glossatorum Iuris Civilis**, Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1968, reimpr. facs.

ACEVEDO, Alfonso de, **Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones**, t. III. **Septimum librum Novae Recopilationis complectens**, Madrid 1612.

ALONSO OLEA, Manuel, **Introducción al Derecho del trabajo**, 2ª ed. rev., Madrid, Revista de Derecho privado, 1968.

ÁLVAREZ SUÁREZ, U., **Derecho romano**, vol. I. **Introducción, cuestiones preliminares, derecho procesal romano**, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

AZZONE, **Lectura super Codicem**, en **Corpus Glossatorum Iuris Civilis**, t. III, Augustae Taurinorum, ex of. Erasmiana, 1966.

BAYÓN CHACÓN, Gaspar, **La autonomía de la voluntad. (Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español)**, Madrid, Tecnos, 1955.

⁹⁷ Ojeda Avilés, Antonio, *Las cien almas del contrato de trabajo. La formación secular de sus rasgos esenciales*, Cizur-La Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi Reuters, 2017, pp. 647-658.

⁹⁸ Cf. STS de 12-II-1985 y STS 27-I-1983. Solo es salario lo que el trabajador recibe de la empresa.

⁹⁹ Cf. AA. VV., *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, vol. II. *Contrato de trabajo y relación individual de trabajo*..., dir. por A. Martín Valverde y J. García Murcia, 2ª ed., Cizur la Menor (Navarra), Thomson-Reuters, 2012, pp. 66 y ss.

BENEYTO, Juan, **Instituciones de Derecho histórico español, ensayos**, vol. II, Barcelona, Bosch, 1930.

Ciudad Rodrigo 1750. Según las respuestas generales del Catastro de Ensenada. Introd. Ángel Cabo Alonso, Madrid, Tabapress, 1990.

Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla. Introd. de Manuel Colmeiro, 1.1. Madrid, imp. de los sucesores de Rivadeneyra, 1883.

CURIEL, Luis, **Índice histórico de disposiciones sociales**, Madrid, Escuela social, 1946, p. 534, nº 3995: 1774, 29 de marzo. Ibid., p. 499, nº 3687: 1731, 25 octubre. Ibid., p. 433. Nº3258: 1651, 24 de abril.

DE BUEN, Demófilo, **Derecho civil español común**, Madrid 1922.

ESCRICHE, Joaquín, **Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia**, 2^{aa} ed. corr. y aum., t. I, imp. del Colegio nacional de sordo-mudos, Madrid 1839.

ESCRICHE, Joaquín, **Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia**, 3^a ed. corr. y aum., Madrid 1847.

ESCRICHE, Joaquín, **Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia**, nueva edición ref. y cons. aum. por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. I, Madrid, imp. de Sordomudos, 1874.

FAGUNDEZ, Esteban, **De iustitia et contractibus, et de acquisitione et translatione dominio, libri septem**, Lugduni, sumpt. L. Anisson et haerd. G. Boissat, 1641.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, **Derecho privado romano**, 7^a ed., Madrid, Iustel, 2014.

GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, Aproximación a la biografía académica de Miguel de Palacio Salazar, catedrático de Teología nominal en Salamanca (1550-1555), en José Antonio Bonilla y José Barrientos (coords.), **Estudios históricos salmantinos. Homenaje al P. Benigno Hernández Montes**, Salamanca, Excma. Diputación Provincial, 1999, pp. 413-441.

GARCÍA SÁNCHEZ, Justo, Miguel de Palacio Salazar, fundador en 1585 del colegio de San Miguel de los PP. Agustinos de Ciudad Rodrigo, en *Archivo Agustiniano*, 82, 1998, Valladolid, PP. Agustinos, 3-106, y 83, 1999, pp. 203-301.

GARCÍA SÁNCHEZ, Justo – GARCÍA FUEYO, Beatriz, “De la *locatio-conductio operis* romana al moderno contrato de formación profesional”, en **O Sistema contratual romano: de Roma ao direito actual**, Coimbra, Universidad de Lisboa, 2010.

HURTADO, Gaspar, S. I., **Tractatus de iustitia et iure**, Matriti, apud Io. Sanchez, 1637.

IGLESIAS, Juan, **Derecho romano. Instituciones de Derecho privado**, 6^a ed. rev. y aum., Barcelona, Ariel, 1972.

MARTÍN VALDERSE, Antonio – RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín - García Murcia, Joaquín, **Derecho del Trabajo**, 25^a ed., Madrid 2016.

MORÁN MARTÍN, R., **Historia del Derecho privado, penal y procesal**, Universitas, t. I, Madrid, UNED, 2002.

MURGA GENER, José Luis, **Derecho romano clásico**, vol. II. **El proceso**, Zaragoza, Universidad, 1983.

OJEDA AVILÉS, Antonio, **Las cien almas del contrato de trabajo. La formación secular de sus rasgos esenciales**, Cizur-La Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi Reuters, 2017.

ORENGO, Alessandro, **Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro**, Milano, Giuffrè, 1966.

PALACIO, Ramón Miguel, **Discurso económico político en defensa del Trabajo mecánico de los menestrales, y de la influencia de sus gremios en las costumbres populares, conservación de las artes, y honor de los artesanos**, Madrid, imp. de A. de Sancha, 1778.

PALACIO SALAZAR, Miguel, granatensi, Civitatensis Ecclesiae Magistrali Canonico, apud Salmanticam Sacrae Theologiae et Philosophiae olim professore, **Praxis theologica de contractibus et restitutionibus**, Salmanticae, exc. Io. Ferdinandus, 1585.

PÉREZ Y LÓPEZ, Antonio Xavier, **Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas**, Madrid, imp. de A. de Espinosa, 1798.

RODRÍGUEZ CAMPOMANES, Pedro, **Discurso sobre la educación popular de los artesanos y su fomento**, Madrid, imp. de Sancha, 1775.

RODRÍGUEZ FERMOSSINO, Nicolás, **De exceptionibus, praescriptionibus, sententiis et appellationibus, ad titulum VI, libri II Decretalium Gregorii Pontificis IX**, Lugduni, sumpt. H. Boissat et G. Remeus, 1662.

RUMEU DE ARMAS, Antonio, **Historia de la previsión social en España. Cofradías – Gremios – Hermandades – Montepíos**, Madrid, Revista de Derecho privado, 1944.

SÁNCHEZ AIRES, Casiano, **Breve reseña geográfica, histórica y estadística del Partido judicial de Ciudad Rodrigo**, Ciudad Rodrigo, imp. de C. Iglesias, 1904.

SCHULZ, Fritz, **Derecho romano clásico**. Trad. de J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960.

Segunda parte de las Leyes del Reyno. Libro quinto. Madrid, por D. Díaz de la Carrera, 1640; reimpr. facs., Valladolid, Lex Nova, 1982.

SEGURA, Nicolás de, S. I., **Tractatus de contractibus in genere et testamentis**, Salmanticae, ex of. typ. A. Jos. Villargordo, 1731.

TRAVIESAS, Manuel Miguel, “Contrato de arrendamiento. De servicios y de obra”, en RDP 6, 1919, Madrid, Revista de Derecho Privado, pp. 34-48.

VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando, **Illustrium controversiarum aliarumque usu frequentium**, Genevae, in of. Iac. Stoer et F. Fabri, lugdunensis, 1599.

Recebido em: 21 dez. 2018.

Aceito em: 27 abr. 2019.

**DISCURSO PROFERIDO NO DIA 18 DE
FEVEREIRO DE 2019, POR OCASIÃO DO
RECEBIMENTO DO TROFÉU AGERSON
TABOSA****Raimundo Bezerra Falcão**

Livre-Docente em Filosofia do Direito

Mestre em Direito Público

Presidente de Honra da Academia Cearense de Direito –
ACED

Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros
com sede no Rio de Janeiro

Membro Efetivo do Instituto Brasileiro de Direito
Constitucional com sede em São Paulo

Membro da Academia de Ciências Sociais do Ceará

Membro da Academia Cearense de Retórica

Membro do Instituto dos Advogados Cearenses – IAC

Professor Titular Aposentado da Graduação e Pós-
Graduação da Universidade Federal do Ceará – UFC, tendo
lecionado Filosofia do Direito (graduação), Hermenêutica e
Direito Econômico na pós-graduação

Nos caminho da vida, são muitos os desvios e encruzilhadas que podem distorcer o norte ou confundir o destino do caminhante, ainda quando este não seja desavisado. São curvas aqui, cancelas ali, veredas acolá. E não adianta àquele supor-se iluminado. As obscuridades e desvios da caminhada são sempre mais aptos a enegrecer e ofuscar a visão do viandante.

Como, então, safar-se o viajero a tamanhas ciladas? Atentando para o luzeiro que determinados faróis humanos aprestam-se a fazer reluzir. Apoiando-se no cajado que certos guias dispõem-se a estender-lhe.

Que luminares são esses? Que condutores são tais?

Os professores e os mestres. Aqueles que ministram preceitos ou instruções a quem se ache sedento de recebê-los.

Nem todo professor é, ao mesmo tempo, um mestre. E não o é porque nem sempre ensina para a vida e para a alma. Transmite lições aos que ouvem, mas sem o dom de incutir-lhes na alma o alimento capaz de matar-lhes a fome de paz, e de dessedentá-los do anseio de felicidade. Leva-os a aprender, porém não os faz apreender. Pode até ensinar muitas coisas belas e úteis. Entretanto, não os leva a aperceberem-se do mais relevante: o amor ao irmão. E ensinando-lhes a amar o irmão, e, assim, ensinando-lhes igualmente a amar a Deus. Não se lhe negam os méritos. Mas não os tem por inteiro.

Diferentemente age o mestre. Este não é somente professor. É-o, tem-se como certo. Mas também, e sobretudo, é mestre. E seus ouvintes não são apenas alunos. São, principalmente, discípulos e seguidores. Gozam, fartamente, do pão da sabedoria, este que sacia a alma e lhe dá forças para a busca constante da verdadeira vida. A vida em paz e com felicidade.

Isso não apaga ou esmaece a grandeza e nobreza do professor. Todavia, assinala, para além disso, a fecundidade do mestre. E alteia, à inatingibilidade, as alvíssaras que se hão de conferir ao professor-mestre.

Agerson Tabosa Pinto foi autenticamente mestre, sem, no entanto, esquecer de revelar-se professor. Trazia a seus discípulos, é verdade, o compassado avançar das legiões dos Césares, mas enfatizava, de permeio a isso, o papel civilizatório dos conquistadores romanos, tangido notadamente pela monumental e sólida arquitetura do Direito Romano. Fazia-os compreender que a cultura jurídica não seria tão profunda no Ocidente se não fora o jusromanismo, com seus instintos que ainda hoje florescem na Europa e nas Américas, especialmente.

Os passos rápidos e curtos do professor-mestre Agerson Tabosa Pinto conduziram-no a bem longe. Não ocupou somente a cátedra universitária. Foi também administrador público, na condição de operoso Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Integrou, ademais, o Ministério Público do Ceará. E teve tempo ainda de deixar trabalhos publicados.

O recebimento do Troféu Agerson Tabosa é, para mim, uma sublime honraria. Sei que meus méritos não bastam para tanto. Há, com certeza, em meio a isso tudo, a atenciosa interferência da professora-mestra Maria Vital da Rocha, Doutora em Direito, civilista, romanista e jurista de nomeada.

Sou-lhe, pela deferência, perenemente grato. Auguro-lhe, sempre e sempre, cada vez mais êxitos em suas inúmeras tarefas acadêmicas e intelectuais em geral.

Disse-o.