

# 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. XVII	n. 1	jan./abr.	2020	191 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.17, n.1 (jan./abr. 2020) — Fortaleza: UNI7, 2020 [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/](http://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/) | [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br)

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

#### **Editora-Chefe**

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

#### **Editor-Adjunto**

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo  
UNI7, Programa de Pós-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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eliane Moreira  
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

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

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

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

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

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

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

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María José Bravo Bosch  
Universidade de Vigo, Espanha

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

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

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 décimo primeiro 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.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> 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: <https://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](mailto: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. XVII, n. 1, jan./abr. 2020

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

## **A INSUFICIÊNCIA DA PERÍCIA PSICOSSOCIAL E OS REFLEXOS NA SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Renata Salgado Leme

Alder Thiago Bastos.....13

*The insufficiency of psychosocial expertise and reflections on child and adolescent health*

## **ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA DO COOPERATIVISMO: CUSTOS DE TRANSAÇÃO E A REALOCAÇÃO DE DIREITOS A FIM DE MAXIMIZAR A JUSTIÇA SOCIAL**

Fernanda Peres Soratto

Estefânia Naiara da Silva Lino.....29

*Legal and economic analysis of cooperativism: transaction costs and the reallocation of rights in order to maximize social justice*

## **A CULTURA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO**

Andressa Zanco

Maria Aparecida Lucca Caovilla.....51

*The Culture of Economic Development in the Perspective of the Ethics of Liberation*

## **O INVERSO DA ANÁLISE DA CULPA: LEITURA DA TEORIA DO RISCO A PARTIR DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM MARIANA/MG**

Amanda Cambuí Pereira

Tagore Trajano de Almeida Silva .....65

*The inverse of the fault analysis: reading about the theory of risk from the dam failure at Mariana/MG*

**PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO TRANSPARENTE DO MEIO AMBIENTE:  
EDUCAÇÃO AMBIENTAL E DIREITO À INFORMAÇÃO**

Júlio César de Souza  
Magno Federici Gomes .....81

*Popular participation in the transparent management of the environment: environmental education and the right to information*

**MARIA - INTERDITADA E ESTERILIZADA: REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA  
DO TRANSTORNO MENTAL**

Luthianne Perin Ferreira Lunardi  
Taciana Damo Cervi .....95

*Maria – interdicted and sterilized: legal reflections about mental disorder*

**OS EFEITOS DO ABANDONO NA PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA  
URBANA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA  
CIDADE**

Marcelo Sampaio Siqueira  
Natercia Sampaio Siqueira .....109

*The effects of abandonment on the loss of urban real estate property: an analysis in the light of the principle of the social function of the city*

**A SUPERAÇÃO DO MÉTODO TECNICISTA VISANDO A APROXIMAÇÃO DO  
ENSINO DO DIREITO COM A REALIDADE SOCIAL**

Maria Vital da Rocha  
Ana Luiza Barroso Caracas de Castro .....127

*Overcoming the technician method aiming at approaching the teaching of law with social reality*

**LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CIVIL ROMANO**

María Olga Gil García .....143

*The consistency (congruence) of the judgement in roman civil-law procedure*

*A congruência da sentença no processo civil romano*

**ROMA E IL SUO IMPERO PREGLOBALE. UNA LEZIONE PER LA  
POSTMODERNITÀ**

Orazio Licandro .....165

*Rome and its pre-global empire A lesson for postmodernity*

*Roma e seu império pré-global. Uma lição para a pós-modernidade*

## A INSUFICIÊNCIA DA PERÍCIA PSICOSSOCIAL E OS REFLEXOS NA SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

**Renata Salgado Leme**

Universidade Santa Cecília (UniSanta), São Paulo.  
*renataleme@aasp.org.br*

**Alder Thiago Bastos**

Universidade Santa Cecília (UniSanta), São Paulo.  
*thiago@advocaciabastos.adv.br*

**RESUMO:** Nas últimas décadas, com a transformação das sociedades, vem se consolidando a modificação da família e das relações familiares. Hoje, por exemplo, tornou-se usual ambos os genitores proverem o sustento da prole. Ademais, com o aumento dos divórcios também passou a ser comum a criação dos filhos em lares separados. Desse modo, o paradigma da guarda unilateral foi alterado para a guarda compartilhada, cabendo aos genitores a responsabilidade em gerir a vida dos filhos. Todavia, também surgiram novos conflitos que devem ser enfrentados pelos operadores do direito com o auxílio de uma equipe multidisciplinar, tendo como principal escopo a proteção do interesse da criança e do adolescente. Nesse contexto, é cada vez mais comum a constatação da prática de alienação parental, que deriva da implementação de falsas memórias ou acusações de negligências ou crimes contra a prole com o intuito de desqualificar um dos genitores, que implica gravosas consequências à saúde de crianças e adolescentes vítimas dessa prática, podendo gerar problemas psicológicos que refletem diretamente em casos de alcoolismo, uso de entorpecentes e, até mesmo, casos de suicídio. Assim, o presente artigo pretende investigar se a perícia psicossocial é suficiente para se identificar a prática de alienação parental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação parental. Perícia psicossocial. Saúde. Criança e Adolescente.

*The insufficiency of psychosocial expertise and reflections on child and adolescent health*

**ABSTRACT:** In recent decades, with the transformation of societies, has been consolidating the modification of family and family relationships. Today, for example, it has become customary for both parents to provide for their offspring. In addition, with the increase of the divorces also became common the creation of the children in separated homes. Thus, the paradigm of unilateral guarding has been changed to shared custody, with parents having a responsibility to manage their children's lives. However, new conflicts have also arisen, which must be addressed by legal practitioners with the help of a multidisciplinary team, whose main purpose is to protect the interests of children and adolescents. In this context, it is increasingly common to observe the practice of parental alienation, which results from the implementation of false memories or accusations of negligence or crimes against offspring with the intention of disqualifying one of the parents, which entails serious consequences for the health of children and Adolescents victims of this practice, and can generate psychological problems that directly reflect in cases of alcoholism, use of narcotics and even cases of suicide. Thus, the present article intends to investigate if the psychosocial expertise is enough to identify the practice of parental alienation.

**KEYWORDS:** Parental alienation. Psychosocial expertise. Health. Child and Adolescent.

## INTRODUÇÃO

Considerando-se a significativa mudança dos contornos da família nos últimos tempos, ocorreram sensíveis alterações no regramento da contração de matrimônio e também na sua ruptura. Desse modo, atualmente é usual a dissolução da entidade familiar com a estipulação da guarda compartilhada ou unilateral, abandonando-se a concepção inflexível de guarda matriarcal que vigia anteriormente.

E, em muitas das vezes, as dissoluções matrimoniais geram feridas aos nubentes que, ante as cicatrizes, acabam por transferir aos seus filhos as mágoas e frustrações da união fracassada, buscando-se – nessas crianças e adolescentes – um aliado, uma vingança e/ou penalização do outro genitor tido como culpado pela ruptura.

Nesta senda, vendo-se que crianças e adolescentes são os principais prejudicados por esse luto no casamento fracassado, o cientista Richard Gardner, em 1985, nos Estados Unidos da América, classificou alguns critérios comuns dos malefícios gerados às vítimas dessa agressão e denominou de Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Os estudos concluíram que as crianças e os adolescentes, vítimas de alienação parental são propensos a distúrbios psicológicos, tendem a utilizar entorpecentes e/ou álcool, a cometer suicídios, apresentam autoestima baixa e possuem dificuldades em manter relações estáveis quando alcançam a idade adulta, entre outros malefícios.

Diante da gravidade e do efeito devastador que causa na criança e adolescente vitimadas pela Alienação Parental, em agosto de 2010, foi promulgada a Lei nº. 12.318, ingressando no ordenamento jurídico brasileiro a proteção aos abusos tipificados, de forma exemplificativa, no artigo 2º, e também fazendo menção às sanções aplicadas aos alienantes, consoante se depreende do artigo 6º.

Transpôs-se, através de uma política pública de proteção à criança e ao adolescente, amenizar os males devastadores causados, bem como, evidentemente, trazer a punição ao transgressor da norma.

Contudo, estaria o Judiciário Pátrio preparado para absorver essa análise, considerando a multidisciplinaridade existente na identificação da alienação parental?

Dada a complexidade dos fatos em análise, evidentemente que – ao menos em cognição sumária – tem-se a percepção de que o magistrado não reúne condições de enfrentar o problema, transferindo o exame da questão para parte dos auxiliares da justiça, tais como peritos judiciais, subdivididos em psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, incumbindo a estes profissionais a árdua tarefa de identificar a alienação parental sob a ética positivada pela própria legislação protencionista, observando os mandamentos constitucionais de ampla defesa e contraditório, bem como os ditames determinados pela legislação que regula a matéria.

Nesse cenário, em que medida a alienação parental é identificada por meio da perícia psicossocial, considerando a legislação substantiva e adjetiva que rege a matéria?

Tendo em vista que se faz necessário responder às indagações introdutórias, este estudo tem por objetivo averiguar, por meio do método dedutivo, com base na análise de fontes bibliográficas, de julgados e de depoimentos de profissionais que militam na área (que são comumente nomeados por magistrados locados na área de família), se os meios trazidos para identificar a alienação parental são eficazes ou se a perícia psicossocial deveria ser aperfeiçoada para o reco-

nhecimento da alienação parental gravosa à saúde mental e ao próprio desenvolvimento psicossocial das vítimas, uma vez que pode causar danos irreversíveis ou de difícil reparação na contínua exposição destas crianças e adolescentes às ações dos alienantes.

## 2. PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

### 2.1. No âmbito internacional

A Primeira Guerra Mundial trouxe o alarmante dado histórico de perda de 9 milhões de vidas (civis e militares) entre os idos de 1914 até 1918, criando-se grande impacto na devastação do continente Europeu no início do século XX, vivenciando a morte de civis, dentre eles crianças e adolescentes, sem falar na própria determinação que estes fossem submetidos a trabalhos braçais para custear a subsistência de suas respectivas famílias e a própria falta dos patriarcas que foram remetidos aos campos da guerra.

Com essa experiência estarrecedora e a população mundial à época preocupada com a própria continuidade da raça humana, sabendo-se que os recursos tecnológicos eram limitados, em 1924, segundo aponta a pesquisa de Angélica Barroso Bastos (2012, p. 25), confeccionou-se o “primeiro documento internacional sobre os Direitos da Criança”.

Contudo, o mundo vivenciaria um novo impacto populacional com a morte de mais 47 milhões de pessoas (civis e militares) em decorrência da Segunda Guerra Mundial, entre os idos de 1939 até 1945, cujo resultado, após o declínio do Nazismo, foi a instauração da denominada Guerra Fria entre a então União Soviética e os Estados Unidos da América, com o risco constante de eclosão da Terceira Guerra Mundial, o que poderia implicar nova e impactante dizimação populacional.

Em meio a esta situação deflagrada com as guerras mundiais, morte de inocentes, inclusive de crianças e adolescentes, trabalho em condição análoga a escravo e o trabalho infantil, a população global buscava um documento jurídico que vinculasse todas as nações, cujo gerenciamento ficaria a cargo de uma organização internacional.

Nessa comoção social, nascera a Organização das Nações Unidas e, após curto período de tempo, fora criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, “preconizando em suas considerações iniciais a dignidade como pressuposto fundamental da liberdade, justiça e paz”.

Como aponta Fabio Konder Comparato (2013, p. 245): “Logo no artigo 1º, a Declaração proclama os três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade”.

Assim, houve previsão mínima substancial para adequar a própria dignidade perseguida pelas Nações Unidas e, com base nessa premissa, correlacionado com o artigo 1º, o artigo 25, *in verbis*, estipulou que a saúde e o bem-estar deveriam ser prestigiados em igual condição com a preocupação dos interesses da infância, com guarida assistencial especial.

Artigo 25. 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito à

ajuda e à assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

A Convenção sobre os direitos das crianças integrada ao ordenamento jurídico de 1989 foi considerada um marco, pois, como afirmam Fúlvia Rosemberg e Carmem Lúcia Sussel Mariano (2010, p. 699):

A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgou-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos adultos. Porém, a Convenção de 1989 reconhece, também, a especificidade da criança, adotando concepção próxima à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: “a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento”.

Nada obstante, com as subdivisões de trabalho dentro da própria Organização das Nações Unidas, ficaram sob a responsabilidade da UNICEF os cuidados com as medidas protecionistas às crianças e adolescentes, conceituando-se quais os regramentos mínimos necessários para que o indivíduo nessa faixa etária tenha educação, saúde, cultura, lazer, sendo ressaltado o mínimo substancial para o desenvolvimento desejável desse indivíduo.

Portanto, com fundamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, é conclusivo ser possível a proteção especial da saúde da criança e do adolescente, cuja proteção social é um regramento objetivo, visando obviamente que crianças e adolescentes se tornem adultos mais seguros e conscientes do seu fundamental papel perante a nação.

## 2.2. No âmbito nacional

Em 12 de outubro de 1927, houve a promulgação do Decreto nº 17.943-A, com o primeiro Código de Menores Brasileiro, tutelando sobre menores órfãos ou que foram abandonados, trazendo a responsabilidade do cuidado pelo Estado, contudo não houve menção direta às proteções às crianças e aos adolescentes tais como são conhecidas nos dias atuais.

Nos anos de 1965, houve a promulgação da Lei nº 4.655, regulamentando a legitimidade para adoção, primeira evolução quanto à defesa de um direito dos infantes, contudo a proteção apenas relacionava as medidas para adoção e não fazia qualquer menção a outros direitos e garantias de um desenvolvimento sadio.

Nos anos de 1967 e 1968, houve a instauração de leis que visavam à reprimenda de menores infratores, contudo, até então, em que pese os organismos internacionais adotarem políticas de proteção às crianças e adolescentes, não havia qualquer legislação nacional que se igualasse a proteção objetivada pela Organização das Nações Unidas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram enaltecidos aspectos principiológicos e protecionistas aos seres humanos e, mais a fundo, também se levou em consideração a importância do meio ambiente, do trabalho, da educação, da saúde e da criança, como pilares do desenvolvimento, fundamento republicado que é a própria dignidade da pessoa humana.

Para tanto, previu como direitos sociais, o quanto subscrito no art. 6º da Constituição Federal, em destaque:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. E, especificamente, defende a saúde como um direito de todos e um dever estatal, tal como apresentado no artigo 196: “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 universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Contudo, a leitura dos artigos não deve ser isolada, há a necessidade de aplicar a hermenêutica jurídica, fazendo uma interpretação sistemática, a fim de verificar que os aspectos saúde, educação, alimentação e proteção à infância estão repetidos no artigo 227 da Constituição Federal, *in verbis*, tamanha a sua importância:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Como salienta José Afonso da Silva (2014, p. 868):

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivos de vantagens das crianças, adolescentes e do jovem, especificando em relação a eles direitos já consignados para todos em geral, como os direitos previdenciários e trabalhistas, mas estatui importantes normas tutelares dos menores, especialmente dos órfãos e abandonados e dos dependentes de drogas e entorpecentes (art. 227, § 3º). Postula punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança, do adolescente e do jovem.

Em consequência à própria ordem constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.069, de 1990, estabelecendo os critérios de proteção à criança e ao adolescente, especificando, inclusive, sanções criminais a serem adotadas contra práticas de situações degradantes aos direitos protegidos, bem como reunindo toda a legislação que se refere à adoção e também às penalidades socioeducativas aos menores em apenas um estatuto, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda que haja uma legislação especial e específica que tutela direitos e garantias das crianças e adolescentes, o Código Civil vigente, promulgado em 2002, também não ficou silente à positivação de direitos e garantias às crianças e adolescentes, regrando, de maneira menos específica, mas também importante.

Evidentemente que houve mudanças legislativas que alteraram o conceito de família e as percepções de responsabilidades, assim como verificamos hoje, contudo, em nenhuma dessas alterações mitigaram os direitos basilares em que sustenta a proteção da criança e do adolescente.

Com esse panorama inicial, é possível adentrar a temática de alienação parental, considerando-se especificamente a perícia adotada pelo Poder Judiciário averiguando se esta é suficiente para alcançar a proteção estipulada pela Lei nº 12.318/2010 e demais estatutos jurídicos que protegem a criança e o adolescente.

### 3. ALIENAÇÃO PARENTAL

#### 3.1. Abordagem psiquiátrica

Há tempos que a mente humana fascina os cientistas, justamente por isso buscam-se respostas sobre as capacidades do cérebro, posto que o ser humano distingue-se das demais espécies

animais justamente porque raciocina e, em que pese não ser o animal mais forte, é considerado o mais inteligente em criar e utilizar ferramentas e mecanismos em benefício próprio.

Desta feita, domina a capacidade de fantasiar situações, de relatar com precisão falsas memórias e, de certa maneira, apresentar como verdadeira a falsa percepção de uma realidade, o que já foi referendado, de maneira sutil, por estudos de Buda, Confúcio e Sólon, no século VI a.C.

Contudo, a psicologia, como conhecida hoje, é derivada dos estudos de Sigmund Freud. Ao assentar suas duas teorias, *Histeria* e *Complexo de Édipo*, Freud já considerava a implementação de falsas lembranças na infância e que elas tinham sérias repercussões na vida adulta e, ainda que seus relatos fossem fidedignos, estes poderiam ser fantasiosos, conforme anotado por Viviane Malagodi Ciambelli (2012, p. 70).<sup>1</sup>

Não obstante, a imaginação em crianças é mais aflorada, elas são capazes de relatar, com riqueza de detalhes, situações inimagináveis que não são corroboradas com aspectos científicos, tornando-se mais fácil a manipulação de suas memórias, sentimentos e referências, sejam eles para amar ou odiar/repudiar outrem.

A situação não é diferente na fase da adolescência, já que fenômenos populares são idolatrados por pessoas nessa faixa etária, com relatos inimagináveis, propagado pela mídia, de forma menos fantasiosa e mais complacente com a realidade, mas sem perder a ilusão sob certa ótica.

Portanto, de plano, é possível assentar que a criança e o adolescente têm uma volatilidade em sentimentos e raciocínios, sendo facilmente manipulados por outras pessoas, de tal modo que, a própria legislação nacional e internacional preconiza a ausência de formação intelectual completa.

Nesta senda, a dicotomia da alienação parental entre patologia e danos causados foi estudada pelo psiquiatra Richard Gardner, junto ao Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América, trazendo a definição em 1985, segundo a qual Síndrome de Alienação Parental

[...] é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

No entanto, é cabível uma consideração, a alienação parental é o meio utilizado pelo ofensor/alienante para afastar o convívio do outro genitor/alienado, mas a Síndrome da Alienação Parental é a patologia decorrente dos atos praticados, uma espécie de causa e consequência,

---

<sup>1</sup> Viviane Malagodi Ciambelli (12,p.70) afirma, ainda, que a falsa percepção de lembranças implementadas na mente da criança é identifica danos estudos de Freud consignando que os relato sem *Histeria* “o fator traumático determinante dependia mais da ‘fantasia’ e da ‘pulsão’ do que da realidade da cena sexual” e complementa que, em decorrência deste estudo, abriu-se a perspectiva de uma nova teoria, denominada de Complexo de Édipo, apresentando que “a criança em determinada idade, geralmente por volta dos três anos, passa a estar sexualmente interessada no genitor do sexo oposto ao seu” e conclui que “seria a fonte das fantasias neuróticas dos adultos, relativas à sedução da infância, em que as fantasias representavam a manifestação de um desejo de gratificações dos interesses edipianos sem culpa”.

corroborando-se com a brilhante explicação de Priscila M. P. Corrêa da Fonseca (apud Alexandridis e Figueiredo, 2014, e-book, p.67):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido.

Contudo, a jurisprudência é uníssona ao afirmar que a alienação parental e/ou a síndrome tem como causa a ruptura do laço familiar, cujas relações afetivas são demasiadamente diferenciadas nos dias atuais, como explica Maria Berenice Dias (2010):

Intensificações das estruturas de convivência familiar e a maior aproximação dos filhos com os pais e muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor, esse fenômeno é denominado como Síndrome da Alienação Parental.

Em mesmo sentido, são os entendimentos de Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015), de Georgios Alexandridis e Fábio Vieira Figueiredo (2014) e de Flávio Tartuce (2012).

Por fim, também há que especificar que a Organização Mundial de Saúde, ao publicar a 11ª Revisão do Código Internacional de Doenças para Estatísticas de Mortalidade e Morbidade (CID 11), datado de junho de 2018, inseriu os atos alienativos como doença mental, trazendo a recente inovação ao tema.

Portanto, conclui-se não se tratar de um conceito jurídico na sua base, uma vez que advém de uma definição médica incorporada pelo direito, no entanto o que importa é que as medidas constitucionais protetivas, as legislações nacionais e internacionais trazem elementos significativos possibilitando que o direito se aproprie do termo da medicina e tenha imediata efetivação em razão do princípio do interesse da criança e do adolescente.

### 3.2. Abordagem Jurídica

Evidentemente que a própria Carta Magna faz menção expressa à defesa da saúde, como caráter universal, contudo, ao repetir o conceito no parágrafo subsequente, verifica-se que a ordem constitucional procurou enfatizar a necessidade de proteção aos direitos, enquanto o indivíduo é criança e/ou adolescente, observando os critérios estipulados pelos organismos internacionais.

Nada obstante, a alienação parental foi trazida para o nosso ordenamento jurídico através do Projeto de Lei nº 4.053, de 2008, de autoria do então Deputado Federal do Partido Social Cristão (PSC), Dr. Regis de Oliveira, ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em conjunto com o trabalho realizado pelo Juiz do Trabalho de São Paulo Dr. Elízio

Luiz Peres, hoje titular da 41<sup>a</sup>. Vara do Trabalho da Capital de São Paulo, ponderando a necessidade de medidas estatais para proteger crianças e adolescentes vítimas da alienação parental e da consolidação da síndrome, que é a patologia propriamente dita.

Nesta senda, depois dos ditames legislativos e com as devidas aprovações, foi submetida a legislação ao crivo presidencial, tendo vetado a alteração do art. 236, da Lei n<sup>o</sup>. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), não sancionando a criminalização das práticas de alienação parental, tal como contida no art. 10 do Projeto de Lei.

Concordamos com o posicionamento de Georgios Alexandridis e Fábio Vieira Figueiredo (2014, p. 123 e-book) ao afirmar que:

Muito mais do que teor punitivo da sanção imposta pela prática do crime relativo à alienação parental, o objetivo da sua tipificação é visto muito mais como um meio coercitivo para afastar a prática da conduta, aliás, segundo a gravidade da conduta praticada, a maior ou a menor grau da alienação parental promovida, a tipificação também se mostra instrumento adequado na salvaguarda dos interesses do menor.

Todavia, é de mencionar, por oportuno, que tramita novamente na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.488/2016 que pretende alterar o artigo 3<sup>o</sup>, com a responsabilização do alienante na esfera criminal, podendo a pena do delito variar de 3 meses até 3 anos, com a possibilidade da conduta agravada, com acréscimo da pena em 1/3, em uma política pública que visa criminalizar o ato de alienação parental, sem enfrentar sua problemática dentro do âmbito familiar e da própria conscientização.

Contudo, ao ser relatado na presidência da Comissão de Seguridade Social e Família, trouxe a Deputada Federal Shéridan (2017) opinou pela não criminalização da alienação parental, corroborando com seus argumentos um dado estatístico que representa 282 mil novos casos por ano, impondo uma linha de conscientização e não de punição em *ultima ratio*, segundo entendimento esposado no referido parecer.

Com a vigência da Lei a partir da data da sua publicação, estabeleceu-se o critério de alienação parental, conforme preceitua o art. 2<sup>o</sup> abaixo transcrito:

Art. 2<sup>o</sup> Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Ao comentar o referido artigo, Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 172 e-book) apontam que:

O efeito perverso e ponto nevrálgico de caracterização da alienação parental decorre do ato inconsciente de rejeição da criança ao progenitor alienado, provocando irreversíveis prejuízos às relações de contato e de convivência do filho alienado com seu genitor visitante e cuja sadia comunicação constitui um imprescindível instrumento de manutenção e fomento da relação paterno-filial.

É importante mencionar que também tramita o Projeto de Lei nº 7.569/2014, que pretende instituir programas permanentes de combate à alienação parental, dada a importância e a potencialidade da ofensa e os perversos efeitos que ela pode causar às crianças e aos adolescentes.

Há também a ação do Conselho Nacional de Justiça que visa combater a alienação parental, trazendo esclarecimentos sobre os fatos e as consequências na vida da criança, implementado, desde 2013, o projeto denominado de “Oficina de Pais e Filhos”, cujo objetivo maior é trazer esclarecimento aos genitores e/ou quem exerce a função do poder familiar sobre a criança, mas não só, também se preocupa em trazer esclarecimentos aos próprios menores envolvidos no litígio judicial, havendo uma separação por faixa etária, direcionando-se cartilhas específicas para crianças e para adolescentes.

Portanto, nesse momento podemos dizer que o conceito da ciência médica foi transposto e passou a ser também uma definição jurídica, haja vista a importância protecionista, havendo diversos projetos que procuram alcançar uma maior proteção do interesse do infante vítima de alienação parental.

Contudo, o objeto central deste estudo é a verificação se os meios de identificação da alienação parental são suficientes para se desenhar uma pesquisa psicossocial capaz de averiguar se há a prática da alienação parental.

#### **4. AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL E OS IMPACTOS NA SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

Assim, passamos a analisar a avaliação psicossocial que somente ocorre quando há um processo judicial em curso, motivado normalmente por denúncias de assédio sexual, moral ou negligências no tratamento da criança e/ou adolescente, fatos esses demasiadamente graves e bárbaros, que necessitam de intervenção imediata dos órgãos públicos fiscalizadores.

Nessa senda, portanto, a alienação parental não se inicia com a separação ou divórcio de fato, ela está ligada à própria construção do desfazimento do laço matrimonial que é externado, em última fase, com a tomada das medidas jurídicas cabíveis ao caso.

Como apontam Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 75, e-books):

A separação é uma dessas crises, mas possui um agravante de estender seus efeitos aos filhos, tanto no momento do divórcio quanto após, no tocante à criação da prole. Eivada de ressentimentos, essa ruptura do casal se inicia muito antes, não sendo o divórcio oficial a causa de conflito, e sim o pretérito distanciamento afetivo e físico, sendo o ato judicial somente uma gota d'água, em que o casal, ou um deles, se dá conta de que a partir de então, receberá maiores atribuições, passará a gerar a si próprio integralmente, sem o outro como seu cuidador. Portanto, quanto maior o grau de maturidade e de maturação do evento separação, em que cada membro do par mantém sua própria individualidade, em co-dependência do outro, melhores efeitos serão observados na família.

Assim, é cediço que o enfoque da avaliação psicossocial somente ocorre quando há um processo de alienação parental em desenvolvimento, motivando ao juízo, quando provocado, determinar uma avaliação, em até noventa dias, podendo ser prorrogada por justificativa circunstanciada.

No entanto, a atuação prática em processos judiciais dessa natureza, em que são disponibilizados todos os meios de defesa às partes (alienante/praticante e alienado/vítima), nos mostra que a situação é ambígua, pois, se de um lado se faz necessária a concessão de prazos processuais em atenção aos princípios e garantias constitucionais, por outro lado, prorrogar essa situação perpetua o dano causado à vítima de alienação parental.

Preocupado com tal situação, o legislador, ao inserir o artigo 5º na Lei 12.318/2010, *in verbis*, destaca prazo e forma procedimental.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável, exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Na opinião de Georgios Alexandridis e Fábio Vieira Figueiredo (2014, p. 99, e-book):

Ainda, a perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental, ou seja, não é qualquer profissional com formação técnica na área de psicologia, psiquiatria ou em serviço social que tem aptidão para a avaliação adequada da existência da alienação parental; mostra-se necessário, dentre estes profissionais, a escolha daqueles cujo estudo e experiência se desenvolvam no campo da alienação parental, diante de suas especificidades e, para que de forma mais contundente possível, seja aferida a existência ou não da alienação parental.

Portanto, não somente os peritos psicossociais que devem ser treinados para a identificação da alienação parental, mas também se faz necessário que os juízes estejam abertos à discussão, havendo a integração do trabalho multidisciplinar entre os seus interlocutores interligando os trabalhos dos médicos, dos psicólogos, dos assistentes sociais e dos juristas (juízes, promotores e advogados), aplicando um trabalho multidisciplinar cujo enfoque principal é a busca da proteção das vítimas dessa situação (pais alienados ou as crianças e adolescentes).

E, nessa perspectiva, em que medida a alienação parental é identificada por meio da perícia psicossocial? Considerando o ordenamento jurídico substantivo e adjetivo aplicados à espécie, a perícia judicial é eficaz? Quais os meios? Estes meios são suficientes e adequados? Em que medida os meios deveriam ser aplicados para que haja um resultado eficaz e menos danoso aos envolvidos?

Tentaremos responder estas perguntas, sem a mínima pretensão de esgotamento do tema, mas com o objetivo de contribuir e aperfeiçoar o instituto da perícia psicológica ou biopsicossocial.

#### 4.1. Dos profissionais atuantes

É complexa a relação multidisciplinar dos profissionais que atuam para a identificação do problema de alienação parental, posto que, além dos operadores do direito (advogados, juizes e promotores), também devem ser enquadrados os peritos judiciais que são formados pelos profissionais de psicologia, medicina, bem como por assistentes sociais.

Grosso modo, médicos respondem pelo tratamento do corpo, inclusive com intervenção medicamentosa se o caso se fizer necessário, a fim de obter a cura do corpo do indivíduo, os psicólogos, por sua vez, têm por objetivo identificar e aconselhar traumas, medos e receios e, finalmente, os assistentes sociais trabalham em melhorias das condições de pessoas.

Com essa delimitação simplória das atuações dos profissionais que não tenham, necessariamente, formação jurídica, é de se destacar que o Conselho Federal de Psicologia, preocupado com o sigilo profissional, liberdade de atuação e defendendo os profissionais da área, editou a Resolução CFP nº 008/2010, que, no seu artigo 10, Inciso I, prevê ser expressamente vetado ao psicólogo, que esteja atuando como psicoterapeuta das partes envolvidas no litígio, também assumir, concomitantemente, o papel de perito e assistente técnico.

Quanto ao veto referente ao perito, tal situação é prevista pela legislação processual vigente, mesmo após a alteração do Código de Processo Civil, mormente que o *expert* se torna impedido para auxiliar o juízo, ante seu envolvimento e vínculo pessoal com uma das partes interessadas, não trazendo a imparcialidade nas suas condutas profissionais, fato este que não traz qualquer espanto ao operador do direito.

Contudo, apesar de não haver impedimento legal, o Conselho Federal de Psicologia, a fim de preservar seus integrantes, veta ao profissional da psicologia atuar como assistente técnico quando já tem relação de psicanálise com uma das partes envolvidas no litígio ou de terceiros que desse processo fazem parte, pois, segundo a letra da lei, “perde o profissional a possibilidade de preservar a intimidade e a equidade de condições quando assume o cargo de assistente técnico e psicólogo pessoal da parte interessada e envolvida no litígio”.

O Conselho Federal de Medicina também editou normas ético-profissionais aos seus inscritos e, nos termos dos artigos 91/98, que tratam dos auditores e peritos médicos, da Resolução CFM nº 1.931/2009, não há quaisquer limitações para que o médico acumule as funções de médico pessoal da parte envolvida no litígio e de assistente técnico em processo judicial.

E, no mesmo sentido é a Lei nº 8.662/93, que regulamenta o exercício profissional do assistente social, posto que não há veto para que exerça a função de assistente técnico quando conhece uma das partes envolvidas, e, quanto à perícia, por ser determinação legal do código processual, seu impedimento é inerente, apesar de ser incomum a indicação de assistente técnico para assumir essa função no processo judicial.

Não há descarte, no entanto, da atuação de outros profissionais da área da saúde ou da área social que possam integrar a equipe multidisciplinar na elaboração do laudo técnico para identificação da alienação parental, contudo é de assinalar que as cadeiras supramencionadas são as principais verificadas em processos judiciais dessa natureza.

## 4.2. Duração da perícia

Superada essa abordagem relativa aos profissionais das cadeiras multidisciplinares, é de salientar que a perícia tem que ser realizada no prazo máximo de 90 (noventa) dias, cuja prorrogação está limitada à “justificativa circunstanciada”, o que autoriza a sua prorrogação.

Vale dizer que não é qualquer infortúnio que justifica a prorrogação da perícia, mas aquele que, porventura, cause impossibilidade de atuação profissional, sendo levadas ao crivo do juízo as circunstâncias e justificativas, cabendo ao magistrado que conduz o caso deferir ou indeferir a prorrogação eventualmente perquirida.

Contudo, em razão da própria limitação profissional, é certo que o profissional e periciando não têm contato ou conhecimento, não há uma construção de elo a fim de que, principalmente, a vítima da alienação parental possa se soltar e transpor os excessos do alienador.

Evidentemente que o *expert* buscará as ferramentas que lhe são oferecidas, contudo, é de salientar que a criança, a partir do 4º ou 5º ano de vida, passa a ser integrada à sociedade por meio da instituição escolar (creche, pré-escola ou ensino fundamental).

E é nesse ambiente que a criança demonstra as angústias e malefícios trazidos contra si, tal como aponta Viviane Malagodi Ciambelli (2012, p. 103), ao relatar um caso verídico tirado da Apelação nº 990.10.240795-0, 1ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que consta o depoimento da Conselheira Tutelar: “A menor justificou os convites porque ‘uma vez que ela já tinha transado com o pai, transaria com qualquer um’” (fls. 194/199).

Portanto, considerando-se esses apontamentos, verifica-se que o trabalho técnico começa com relativo atraso, pois é evidente que o acesso aos dados escolares, aos professores e demais pessoas que interagem com criança e/ou adolescente depende de interferência direta do Poder Judiciário, e a limitação do prazo corre como um prejuízo capaz de prejudicar a perícia realizada.

## 4.3. Principais ferramentas utilizadas pela perícia

No artigo científico voltado à área da psicologia, Maria de Fátima Araújo (2007) traz uma série de elementos para diagnosticar e avaliar o indivíduo, dentre eles, podemos citar como os mais utilizados pelo profissional que atua frente ao Poder Judiciário é o “método de entrevistas”, “jogo do rabisco”, “a hora do jogo”, “procedimento de desenho-estória”.

Muitas dessas ferramentas são visualizadas no âmbito da perícia judicial nos setores especializados dos fóruns a fim de que haja a aproximação entre a vítima e o perito responsável pela análise fática dos casos de alienação parental e, evidentemente, de outros casos também demasiadamente graves que são levados diuturnamente ao conhecimento do Poder Judiciário.

Isto porque é cediço que não existe elo de paciente-psicólogo, bem como, muitas das vezes, crianças e/ou adolescentes vão à análise pericial pressionados, com uma carga emocional de medos, ódios incompreendidos e, geralmente, sentindo-se responsabilizados por discursos retóricos provenientes do genitor alienante, a fim de que a perícia contemple seus objetivos escusos.

Todavia, ao tratar especificamente da *Alienação Parental e seus impactos nas decisões judiciais*, Viviane Malagodi Ciambelli (2012, p. 113/114), citando Podevyn (2001), revela que:

A criança que sofreu realmente um abuso sempre lembra muito bem do que passou” o genitor alienado enxerga as consequências desastrosas ao passo que o alienador não

os vê; existe uma patologia do genitor alienador no que tange ao comportamento psicopatológico “em outros setores de sua vida”; os alienantes sempre relatam que o outro genitor também praticou abusos contra si e finaliza ao descrever que o momento do abuso relatado começa muito antes da ruptura da união, mas a campanha de desmoralização provém depois da separação.

Conjugando-se a experiência doutrinária da psicologia clínica com a prática dos peritos judiciais, é possível concluir que o profissional que milita na área fica em desvantagem, posto que já parte de uma premissa de desconfiança e de desmotivação da criança e/ou adolescente, pelo discurso de responsabilização proferido pelo genitor alienante, com claro intuito de criar obstáculos na identificação da alienação parental.

Ainda que sejam raros os históricos de agressões físicas do alienante contra a criança ou adolescente vítima, seu objetivo não é aparentemente causar dano à integridade física do filho e, em muitas vezes, também não há consciência do dano psicológico, sua motivação está adstrita à penalização do genitor alienado.

Para Dayse Cesar Franco Bernardi (2010), a psicologia tem papel fundamental, posto que:

O compromisso do psicólogo não fica restrito ao fornecimento de informações ao magistrado para a decisão do processo judicial, mas, em trabalhar todas as dimensões do caso, com vista à promoção e manutenção de uma política de garantia de direitos da infância e juventude. A intervenção psicológica nos casos depende, em grande parte, das relações estabelecidas com as políticas públicas e os programas sociais voltados para essa parcela da população, cujas características precisam ser conhecidas e contextualizadas pelo profissional. Seu trabalho não cessa com a emissão de um parecer psicológico sobre o caso, precisando, muitas vezes, reavaliar situações que se transformam ao longo do processo judicial.

Contudo, é importante dizer que os fatos jamais serão revelados de forma contundente, muito menos serão presenciados por testemunhas, cabendo aos auxiliares da justiça munir-se com o máximo de informações buscar junto ao colégio (se em idade escolar) informações da criança, identificar suas conversas com pessoas que estejam inseridas no seu convívio social, fazer uma análise a fundo da situação.

Lembre-se que há duas situações que podem causar danos à criança e/ou adolescente vítima da alienação parental: de um lado se as acusações do guardião contra o outro genitor são verdadeiras, o risco à integridade física e/ou psicológica é notório e, por outro lado, se falsas as acusações, a destruição do elo de afetividade entre vítima e genitor alienado também traz resultados catastróficos à vida da criança e/ou adolescente.

## CONCLUSÃO

Com a reunião de todos os elementos trazidos no presente artigo, é possível afirmar que a perícia psicossocial é insuficiente para atingir os preceitos estabelecidos em legislação vigente.

Isto porque, são inúmeras as dificuldades enfrentadas para a averiguação multidisciplinar da alienação parental que vão desde a própria infraestrutura do Estado na realização dos procedimentos periciais, quanto à própria ausência de especialização técnica dos atores envolvidos para a identificação do problema e o modelo processual adversarial que impera no direito brasileiro.

A ineficiência do Estado em promover meios a fim de que a perícia seja realizada para a condução de uma verdadeira investigação de ocorrência de alienação parental é um problema inerente a própria falta de estrutura das unidades periciais alocadas no Poder Judiciário, porquanto referidas unidades acumulam um grande número de funções e de atendimentos, deixando

de construir o vínculo mínimo e necessário para identificar os problemas envolvidos no litígio familiar, o que refletirá na própria decisão judicial quando da prolação da sentença judicial.

A falta de especialização dos profissionais que são alocados para tratar esse assunto (peritos, juízes, promotores, defensores públicos e advogados) também representa uma outra problemática que complementa a ineficiência do Estado, porquanto o desconhecimento sobre o assunto acaba sendo decisivo na definição do convívio familiar entre o menor vitimado pela alienação parental e seus genitores (alienante e alienado).

Por fim, há que destacar o modelo processual impera e se mantém enraizado no processo brasileiro, porquanto se transfere ao procedimento judicial a busca de um culpado pelo término da relação amorosa dos genitores, traduzindo-se em modelos combativos que não se preocupam com o bem-estar físico e mental das crianças e/ou adolescentes envolvidos nos litígios, apenas com o sentimento decorrente da própria relação fracassada.

Em linhas gerais, foi possível constatar que o princípio do melhor interesse do menor não é minimamente atendido com o modelo pericial estruturado e com a atuação combativa do modelo processual vigente, agravando-se a situação pela falta de especialização dos profissionais que lidam com a prática de alienações parentais, impondo risco a integridade física e psicológica das vítimas, trazendo consequências que são levadas para toda a vida dos envolvidos (crianças e/ou adolescentes vitimados e seus respectivos genitores).

Assim, impõe-se ao Estado implementar políticas públicas que estejam em sintonia com a nova realidade familiar e que sejam capazes de identificar a natureza dos novos conflitos familiares. E, não menos importante, a conscientização dos genitores das graves consequências da prática da alienação parental que repercutem na vida adulta de seus filhos alienados.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. **Estratégia de diagnóstico e avaliação psicológica**. Periódico Eletrônico em Psicologia. *Psicol. Teor. Prát.* v.9 n.2. São Paulo, dez. 2007. Disponibilizado em [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-36872007000200008](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872007000200008).

Acesso em: 03 jun. 2017.

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Angélica Barroso. **Diretos humanos das crianças e dos adolescentes: As contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente para a efetivação dos Direitos Humanos infante-juvenis**. Tese de mestrado da Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

BERNARDI, Dayse Cesar Franco. **Avaliação Psicológica no âmbito das instituições judiciárias**. Publicado no sítio da Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponibilizado em <http://www.aasptjisp.org.br/artigo/avaliacao-psicologica-no-ambito-das-instituicoes-judiciarias>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. Parecer sobre o Anteprojeto nº 4.488/2016 de Relatoria da Deputada Shéridan. Publicado em 05 set. 2017. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1594677&filename=Tramitacao-PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+4488/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594677&filename=Tramitacao-PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+4488/2016). Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm). Acesso em: 18 ago. 2017.

CASTRO, L. R. F. **Disputa de guardas e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?** Apud in CIAMBELLI, Viviane Malagodi. **Impacto da alienação parental nas avaliações psicológicas e decisões judiciais**. São Paulo: Iglu, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. SP: Saraiva, 2013.

DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: Realidade que a justiça insiste em não ver**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso? Disponibilizado em:** [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_504\)1\\_sindrome\\_da\\_alienacao\\_parental\\_o\\_que\\_e\\_issso.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1_sindrome_da_alienacao_parental_o_que_e_issso.pdf). Acesso em: 09 mai. 2017.

ENTREVISTA de Eliane Nazareti, Elizio Peres entre outros convidados em 24/05/2012. No programa “Papo de mãe”, disponibilizado em <http://www.papodemae.com.br/2012/05/24/sobre-a-lei-da-alienacao-parental-dr-elizio-perez/> Acesso em: 15 jun. 2017 .

FURLAN, Gabriel H. Z.; JUNIOR, Teófilo M. de A. L. Alienação Parental: 5 Anos da Lei 12.318/2010. **REGRAD**, UNIVEM/Marília-SP, v. 9, n. 1, p 163-184, agosto de 2016. Disponível em: [revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/1068/451](http://revista.univem.edu.br/REGRAD/article/view/1068/451). Acesso em: 02 jun. 2017.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de alienação parental. Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VIII, n. 40, fev.-mar. 2007. Disponibilizado em: <http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-na-revista-do-cao-civel-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/>. Acesso em: 02 jun. 2017.

GARDNER, Richard A.. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** - Traduzido por Rita Rafaeli. Disponibilizado em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 09 maio 2017.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**, 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. – e-book

MONTEZUMA, Márcia Amaral. **Síndrome de Alienação Parental: Diagnóstico médico ou jurídico?** In: DIAS, Maria Berenice (Org.) **Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OFICINA DE PAIS E FILHOS DE SÃO VICENTE. Projeto social chancelado pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2013. **Visita “in loco” realizada em 09 de agosto de 2018, Disponibilização de descrição do projeto, cartilhas e certificações**.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **11ª Revisão do Código Internacional de Doenças para Estatísticas de Mortalidade e Morbidade – CID 11**. Publicado em 18 jun. 2018. Disponível em: <https://icd.who.int/>. Acesso em: 31 jul. 2018.

PERES, Elizio Luiz. **Constata-se cegueira do Estado em relação à alienação parental** - Entrevista de 28/01/2011 ao IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponibili-

zado em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/4284/%22Constatava-se+cegueira+do+Estado+em+relação+à+alienação+parental%22+-+Entrevista+com+Elizio+Peres.>  
Acesso em: 15 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**: São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e direito constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSEMBERG, Fúlvia. MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. **Cadernos de Pesquisa**, v.40, n.141, set./dez. 2010 <http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>- Acesso em 30 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros - RT, 2014.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. v.5. 7. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2012.

VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. V. 6.

ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo; GOMES, Marcos Vinicius Manso Lopes. **Ponto A Ponto - Direitos da Criança e do Adolescente - Col. Defensoria Pública**. São Paulo: Saraiva, 2016.

**Revista do Cao Civil** - Ministério Público do Estado do Pará – Dezembro de 2009. Disponível em: [https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015\(3\).pdf](https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015(3).pdf). Acesso em: 02 jun. 2017.

Recebido em: 14 ago. 2018.

Aceito em: 28 jun. 2019.

# ANÁLISE JURÍDICA E ECONÔMICA DO COOPERATIVISMO: CUSTOS DE TRANSAÇÃO E A REALOCAÇÃO DE DIREITOS A FIM DE MAXIMIZAR A JUSTIÇA SOCIAL\*

**Fernanda Peres Soratto**

Universidade de Rio Verde (UniRV), Goiás.  
fersoratto@hotmail.com

**Estefânia Naiara da Silva Lino**

Universidade de Rio Verde (UniRV), Goiás.  
estefanialino@msn.com

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar o cooperativismo na ótica jurídica e econômica e avaliar como as cooperativas lidam com os custos de transação e realizam escolhas racionais que corroborem para a maximização de justiça social. Para tanto, utilizou-se da pesquisa bibliográfica exploratória e do método de procedimento histórico com abordagem dedutiva. No intuito de situar o tema, em primeiro momento, ocupa-se a pesquisa do movimento cooperativista e sua evolução histórico-legislativa ao examinar sua base doutrinária e as principais normas legais que o disciplinam em âmbito nacional. Na sequência, o foco recai sobre a teoria da Análise Econômica do Direito, que consiste na verificação de institutos de natureza jurídica, através de postulados da economia, como eficiência econômica, as escolhas racionais dos agentes e a maximização de riqueza. Posteriormente, foi realizada uma reflexão teórica com o entrelaçamento das duas doutrinas, e constatou-se que o sistema cooperativo pode se apresentar como uma alternativa para a diminuição dos custos de transação e, por sua vez, aumentar dos lucros dos indivíduos cooperados, pois contribui para o crescimento do poder de barganha dos agentes ao optarem por melhores transações econômicas no mercado. Por fim, observa-se que na busca por maior eficiência econômica, ou seja, maior bem-estar social ao menor custo econômico, as cooperativas são instituições que quando fortalecidas, jurídicas e economicamente, podem resultar numa opção para a geração de riqueza econômica sem, contudo, suprimir os objetivos de justiça social vislumbrado pelos cooperados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cooperativas. Direito e economia. Disciplina legal. Igualdade de condições.

*Legal and economic analysis of cooperativism: transaction costs and the reallocation of rights in order to maximize social justice*

**ABSTRACT:** This study aims to analyse cooperativism from a legal and economic perspective and assess how cooperatives deal with transaction costs and make rational choices that support the maximisation of social justice. To this end, it was used the exploratory bibliographic research and the method of historical procedure with deductive approach. In order to situate the theme, the research of the cooperative movement and its historical-legislative evolution is first addressed by examining its doctrinal basis and the main legal norms that govern it at the national

---

\* O artigo é resultado do Projeto de Pesquisa “Cooperativismo: uma análise jurídica e econômica” financiado pela Universidade de Rio Verde - UniRV.

level. Next, the focus is on the theory of Economic Analysis of Law, which consists of the verification of institutes of a legal nature, through postulates of economics, such as economic efficiency, the rational choices of agents and the maximization of wealth. Subsequently, a theoretical reflection was carried out with the intertwining of the two doctrines, and it was found that the cooperative system can present itself as an alternative for reducing transaction costs and, in turn, increasing the profits of cooperative individuals, since it contributes to the growth of the bargaining power of agents by opting for better economic transactions in the market. Finally, it is observed that in the search for greater economic efficiency, i.e., greater social welfare at lower economic cost, cooperatives are institutions that when strengthened, legally and economically, can result in an option for the generation of economic wealth without, however, suppressing the objectives of social justice envisioned by the cooperative members.

**KEYWORDS:** Cooperatives. Law and economics. Legal discipline. Equality of conditions.

## INTRODUÇÃO

O atual cenário econômico globalizado e suas consequências sociais são uma constante preocupação e ocasionam inúmeros debates em ambiente jurídico. Portanto, discutir alternativas para reorganização do livre mercado é, também, uma função da ciência jurídica, visto que, Direito e Economia, embora sejam disciplinas distintas, constantemente, se entrelaçam na sociedade. Assim é que o direito exerce influência na economia e a economia exerce papel na aplicação e na criação do direito.

Neste contexto, a problemática deste estudo é promover reflexões que envolva a Teoria da Análise Econômica Direito e o cooperativismo, ao observar como os agentes econômicos, ora indivíduos e pequenos produtores, consideram os impactos dos custos de transação e de suas escolhas racionais para a maximização de justiça na sociedade que estão inseridos. E se, por meio da análise jurídica e econômica do direito é possível responder a esta questão, ou, embora não responda totalmente, ao menos demonstre caminhos viáveis a percorrer.

Para tanto, a metodológica da pesquisa foi a de caráter bibliográfico exploratório e o método, consubstanciou-se no procedimento histórico de abordagem dedutiva. Destarte, que tal abordagem proporcionou a familiaridade e envolvimento com problema em estudo e, ainda, pouco explorado pela ciência do Direito.

O referencial teórico foi construído em base doutrinárias da área jurídica e econômica nacional e estrangeira. Ressalte-se que a reflexão sobre o tema apresenta essencial importância na contemporaneidade, na medida que, quando implementadas, pode ocasionar melhor participação, autonomia e eficiência econômica para as pessoas junto a relação de produção, hoje capitalista e centrada nas mãos de grandes produtores das mais diversas áreas econômicas.

## 1. O SURGIMENTO DO COOPERATIVISMO COMO DOUTRINA

Diante da globalização econômica espalhada pelos cantos do mundo e responsável por disseminar novas tecnologias, competição quase que irrestrita, e a busca incessante por lucratividade, o ato de preservar forças econômicas sensíveis de sujeitos com objetivos são comuns parece um ideal distante. Porém, fomentar a conscientização, aproximação e atuação dos indivíduos economicamente pode constituir de mecanismos para a alocação de direitos econômicos e sociais como fito de alcançar, cada vez mais, justiça social. Em Pontes (2007, p. 91):

O que significa dizer que, mesmo não se configurando como categoria central das relações materiais de produção, é parte integrante da contraditória rede de inter-relações econômicas e sociais estabelecidas na sociedade da mercadoria, ora fortalecendo e reproduzindo as condições existentes, ora contribuindo para a produção de uma nova forma de sociabilidade.

Nesse sentido, o cooperativismo “[...] quase sempre surge em momentos de dificuldades e da consciência de fragilidade do homem dentro do mundo em que atua” (SALES, 2010, p. 24). Por isso, a atividade cooperativa é ocorrência, a muito, experimentada pela humanidade, pois reuniões de indivíduos para essa prática são descritas desde a antiguidade. Existem, nesse sentido, relatos de comunidades coletivas vivendo em cooperação ainda na pré-história, na antiguidade do homem, na Idade Média e, até, mesmo na Bíblia (BIALOSKORSKI NETO, 2006).

Nas palavras de Luz Filho (1953, p. 7) “o cooperativismo mergulha raízes na noite dos tempos”, e para Namorado (2005, p. 12) “as cooperativas estão longe de ser somente um fenômeno circunstancial historicamente passageiro”. Pois, desde o alvorecer dos homens foram diversos os motivos que os impeliram a prática de atos conjuntivos, tais como defesa, trabalho ou, mesmo, alimentação, assim, facilitando a realização dos próprios objetivos e, também, de propósitos comuns.

Tais acontecimentos, para muitos, confirmam que o ato histórico de associação é a fonte propulsora do cooperativismo moderno (BIALOSKORSKI NETO, 2006). Para Gayotto (1967, p. 7-8) “alguns consideram mesmo as cooperativas modernas como uma continuação das corporações antigas cuja forma e objeto teriam sido modificadas”.

Sendo assim, não é possível desprezar que uma forma de união associativa mais sistemática e duradoura surgiu com a consolidação do cooperativismo moderno, que aflorou durante capitalismo industrial dos séculos XVIII e XIX (BIALOSKORSKI NETO, 2006). Pois, “foi na época moderna que o movimento cooperativo teve a seu favor todos os elementos favoráveis para um verdadeiro desenvolvimento” (GAYOTTO, 1967, p. 8).

Observa-se então, que foram as transformações econômicas e sociais provocada pelo capitalismo moderno que despertou nos indivíduos um crescente inconformismo com o sistema econômico vigente na época, o qual privilegiava a propriedade privada e a livre concorrência. Segundo Gayotto (1967, p. 9), “é natural que tenham surgido reações contra os defeitos de ordem econômica e sociais atuais. [...] Uma das reações da iniciativa privada é a associação cooperativa livre sob sua forma moderna”.

Para Veras Neto (2003), o movimento cooperativista, em seu limiar, possuiu como causa as dificuldades, principalmente socioeconômicas, enfrentadas pela classe trabalhadora, em virtude das transformações sociais, e resultantes das mudanças ocasionadas pela revolução industrial e pelas guerras na Europa, as quais acarretaram consequências para a economia e para a força de trabalho existentes.

Foi nesse período que o movimento cooperativo ressurgiu, na Europa, reunindo diferentes grupos de trabalhadores e embasados pelos ideais de Robert Owen, Charles Fourier, Louis Blanc, dentre outros identificados como socialistas utópicos. Estes pensadores defendiam um modo de produção alternativo ao capitalismo, baseando a economia na solidariedade, associação de trabalhadores, igualdade de oportunidades e na autogestão, “[...] por sua indignação diante das desigualdades sociais causadas pelo capitalismo” (SALES, 2010). Em Leopoldino (2011a, p. 143):

Um sistema econômico ideal deveria promover, em um ambiente democrático, a produção, a distribuição e o consumo de bens e serviços de tal modo que todos fossem beneficiados, nem que de forma mínima. Por esta razão, o cooperativismo surge como alternativa para contornar as dificuldades que porventura existam em decorrência da crise econômica e financeira, do desemprego e da marginalização.

No mesmo sentido, ainda sugere Leopoldino (2011a, p. 148), que a doutrina cooperativista “[...] sempre esteve marcada pelas análises das experiências vividas, cuja raiz cinge-se nas ideias socialistas de produção e distribuição coletiva, tentando uma melhor retribuição e retorno dos frutos do trabalho para aqueles que produzem”.

Então, impulsionados pelos abusos do sistema capitalista alguns trabalhadores, ainda que simbolicamente, se uniram de maneira solidária e colaborativa, assim, constatando que a manutenção da propriedade privada, sem a direta intervenção estatal, viabilizaria a uma melhor condição de vida econômica entre eles (FURQUIM, 2001; NAMORADO, 1995). Logo, o cooperativismo apresenta-se como uma maneira de conservar a vida e a economia dos indivíduos com os mesmos objetivos e as mesmas dificuldades dentro do mundo em que atuam.

Nessa linha, no ano de 1970 foi, oficialmente, documentada a existência da mais antiga cooperativa que se tem conhecimento e fundada por trabalhadores dos estaleiros de Woolwich e Chatham, na Inglaterra. Essa iniciativa resultou da união dos empregados na instituição de moinhos de grãos buscando, assim, baratear os preços de produção e comercialização dos cereais, até então, monopolizados pelos proprietários dos moinhos locais (PRADO, 2004).

Majoritariamente, entretanto, em 1844 em Rochdale na Inglaterra foi estabelecida “*Rochdale Society of Equitable Pioneers*” (Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale), a qual foi considerada o marco inicial do movimento cooperativista moderno e cujas bases doutrinárias fundamentam a organização das cooperativas até os dias de hoje (BIALOSKORSKI NETO, 2006). Para Leopoldino (2011a), na ocasião, 28 (vinte e oito) tecelões impelidos por melhoras nas condições socioeconômicas uniram-se para criar uma pequena cooperativa de consumo e, assim, eternizaram o cooperativismo na história.

Dessarte, as essências doutrinárias que afamaram o movimento cooperativista estão imortalizadas, com singelas alterações, nos princípios universais do cooperativismo listados por Singer (2002) como democracia e primazia pelo trabalho; as portas abertas; a divisão das sobras e pagamento mínimo de juros sobre o capital; a venda à vista e a pureza dos bens produzidos; o empenho na educação dos membros cooperados e a neutralidade política e religiosa. Porém, não foram os “Pioneiros de Rochdale”, como são conhecidos na atualidade, que “[...] inventaram os princípios fundamentais do cooperativismo, mas os celebrizaram e os tornaram efetivos” (MAUAD, 2001, p.117).

Observa-se, que os princípios cooperativistas exprimem grande sentido social, pois são inspirados em valores democráticos e humanos, visto o lucro não ser fator determinante na formação e desenvolvimento do empreendimento cooperativo, mas sim, um instrumento a serviço da realização de objetivos mútuos e do aperfeiçoamento educacional das pessoas, atípicos no sistema econômico de produção capitalista.

Então, o cooperativismo fundamenta-se, principalmente, em atos solidários, cooperativos e coletivos capazes de, talvez, enfrentar as “[...] dificuldades de realizar-se a produção e a distribuição de riquezas em um mundo cada vez mais exigente e competitivo” (SILVA, 2009, p. 57). Para Morin (2001, p. 76), “[...] todos os humanos, desde o século XX, vivem os mesmos problemas fundamentais de vida e de morte e estão unidos na mesma comunidade de destino planetário” e, nessa linha, diante da realidade competitiva e em franca transformação a solidariedade, a cooperação e a coletividade não é somente uma opção, mas uma necessidade perante as fragilidades individuais.

Nessa sequência, foi a experiência bem-sucedida dos Pioneiros de Rochdale que permitiu que os fundamentos do cooperativismo se expandissem, com sucesso, para outros setores produtivos, bem como para outras localidades do mundo. As ideias vislumbradas ainda no século XIX

se multiplicaram pelos mais variados pontos do globo com objetivo de amenizar contrastes, principalmente, econômicos e sociais impostos pela economia globalizada.

## 1.1. O cooperativismo no Brasil

Seguindo a linha temporal, durante o século XX, as cooperativas e o movimento cooperativista moderno se espalharam pelo mundo. No Brasil, a prática de organização do trabalho e da economia já estava presente desde a colonização portuguesa, e provavelmente antes disso, embora rudimentar ou pré-cooperativa foram “[...] os jesuítas, que disseminaram a ideia da cooperação, criando um modelo de sociedade solidária com base no trabalho coletivo entre os indígenas” (KOSLOVSKI, 2001, p. 20). No mesmo sentido, para Silva (2009, p. 64):

Encontram-se citações também que, entre os séculos XVII a XIX, foi praticada alguma forma de Cooperativismo nos Quilombos, que eram formados por escravos fugitivos. Porém, o início realmente do vivenciamento cooperativista no Brasil, deu-se com as experiências ocorridas entre colonos imigrantes europeus entre 1842 e 1845, em Santa Catarina e, entre 1847 e 1890, no Paraná.

Assim, aproximadamente entre os anos de 1842 e 1844, no estado de Santa Catarina, existiram as primeiras experiências de implantação de cooperativas, quais sejam Vila da Glória e a Colônia Belga, respectivamente, e situadas hoje nos municípios de São Francisco do Sul e Itajaí, porém, tais iniciativas não foram bem-sucedidas (PINHO, 1982).

Para Leite (2013), foi somente no ano em 1847 no interior do Paraná, com a Colônia Teresa Cristina, que passou a existir o, hoje, considerado como um dos marcos duradouros do cooperativismo no Brasil. Porém, segundo Pinho (2004) a ideia de cooperativismo formal, de fato, somente tem início com a Sociedade Cooperativa Econômica dos Funcionários Públicos de Ouro Preto no ano de 1889, pois sua estrutura organizacional se aproximava das idealizadas em Rochdale.

Destaca-se, entretanto, que tais experiências não floresceram, mas foram as ações de seus fundadores, em suas respectivas épocas, que possibilitaram o desenvolvimento do cooperativismo brasileiro, visto os reflexos que geraram na forma de organização do trabalho e na produção desse período (LEITE, 2013; PINHO, 2004).

Somente tempos depois as cooperativas, como são conhecidas atualmente, ganharam destaque, frutos do fértil terreno deixado pela abolição da escravidão e pela proclamação da república. Nos dizeres Pinho (1982, p. 119), foram esses fatores que asseguraram “[...] a liberdade de associação e o Estado começou a legislar sobre o associativismo rural; [...], os graves problemas que caracterizaram a crise estrutural do fim do Império e começo da República levaram à recomendação do Cooperativismo”.

A liberdade de associação veio prevista pela Constituição de 1891 propiciando, nos anos seguintes, o surgimento de diversas cooperativas pelo país e impulsionando a promulgação do Decreto n. 979 de 1903. O referido, mesmo não tratando do assunto, pormenorizadamente, proporcionou seu reconhecimento pelo legislador, pois, claramente, incentivava a prática do mútuo, característica proeminente no cooperativismo (LEITE, 2013).

Em 1907 foi promulgado o Decreto n. 1.637, o qual implantou “[...] maior relevo ao setor das cooperativas, em virtude da grande liberdade de constituição e funcionamento, não havendo qualquer subordinação aos órgãos estatais; deixou, contudo, de distingui-las das demais sociedades previstas no ordenamento jurídico” (VICENTE, 2006).

O ano de 1907 importou na constituição das primeiras cooperativas agropecuárias brasileiras, as quais surgiram em Minas Gerais ligadas, especialmente, a cafeicultura. Com apoio governamental, essas cooperativas funcionaram de forma plena e adequada, fator impulsionador do aparecimento de outras instituições em diversas regiões, principalmente no Sul do país, vinculadas, quase sempre, as colônias de imigrantes estrangeiros (KOSLOVSKI, 2001).

Posteriormente, em 1932 o cooperativismo brasileiro encontra sua consolidação na publicação do Decreto n. 22.239. Aliado a reformas sociais e políticas, aos imigrantes europeus e japoneses que aqui desembarcavam e a incentivos estatais, a cooperação vislumbrou maior liberdade para a sua constituição e funcionamento, terreno fértil e compatível com sua real natureza (BULGARELLI, 2000). Observa-se, que ao reconhecer formalmente o cooperativismo, o Estado promoveu o crescimento e a expansão, consideravelmente, do movimento cooperativo, principalmente na região Sul do país.

Entre idas e vindas legislativas é promulgado o Decreto-lei n. 59/66, o qual simbolizou um período crítico e marcado pelo forte centralismo estatal às cooperativas. Caracterizado pela eliminação de incentivos fiscais e restrições ao funcionamento de vários ramos cooperativos revogou, ainda, toda a legislação anterior e, com ela, muitas das vitórias até então conquistadas (PINHO, 2004).

Diante disso, durante o período de vigência do Decreto-lei n. 59/66 foram poucos os méritos dispensados as sociedades cooperativas brasileiras, porém houve o seu reconhecimento como pessoa jurídica específica e o movimento foi pacificado e unificado em âmbito estatal e nacional devido à necessidade, no momento, de união de esforços em prol da sobrevivência dos ideais. Segundo Bulgarelli (2000, p. 72), “com tão poucos pontos positivos a seu favor, era evidente que não atendia aos reclamos das cooperativas, [...] daí se explica a repulsa geral a essa legislação, com veementes protestos de todo movimento cooperativista brasileiro”.

Frente ao cenário imposto, por iniciativa da, já existente, Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB), em 1971 o cooperativismo renovou suas estruturas e fixou, definitivamente, sua doutrina com a publicação da – ainda vigente - Lei n. 5.764 (Lei do Cooperativismo), que definiu a Política Nacional de Cooperativismo. Mesmo não consagrando completamente os anseios das lideranças cooperativas, para Krueger (2002, p. 105) “a coerência e a consistência do regramento estrutural e operacional das cooperativas pela lei logrou alcançar seu objetivo: reverter a tendência de encolhimento do sistema cooperativo. Sob a égide da Lei n. 5.764/71, [...], o cooperativismo voltou a prosperar”.

Nos anos que seguiram a referida legislação e com certo apoio governamental, o cooperativismo alcançou desenvolvimento e crescimento, reflexo do processo de modernização e industrialização do meio rural, época, ainda, que diversos ramos cooperativos passaram a existir, como cooperativas de crédito, médicas, entre outras (KOSLOVSKI, 2001). Vale não esquecer, que o momento histórico de nascedouro da mais importante legislação do setor era conturbado, bem como, tomado por restrições e intervenções estatais e regada, também, pelas desigualdades econômicas e sociais.

Fatores, que entre muitos outros, fizeram aflorar a Carta Maior de Direitos em 1988, “[...] resultado de uma Assembleia Nacional Constituinte eleita democraticamente, carregada de ideais, dentre eles, a liberdade de organização da sociedade e a mínima intervenção estatal

sobre tais entidades, confrontando, desta forma, as determinações da lei infraconstitucional” (LEITE, 2013). A qual, segundo Bulgarelli (2000), foi revogada apenas parcialmente, ou seja, somente nos dispositivos não recepcionados pela Constituição Federal.

Em 2003 entra em vigor a Lei n. 10.406 - o novo Código Civil Brasileiro (CC/2002) – diploma de cunho jurídico e responsável, dentre outras, pela sistematização inerente às pessoas jurídicas de direito privado. O novel, em seu texto, cuidou de mencionar as cooperativas, tanto, que dispensou um capítulo a essas sociedades. Porém, não visou revolucionar o cooperativismo pátrio, mas, em termos gerais, fixou normas caracterizadoras às cooperativas, fato que, à primeira vista, causou estranheza diante da legislação já existente, mas que, num segundo momento, demonstrou avanço para legislação cooperativista brasileira (KRUEGER, 2005).

Assim, o cooperativismo brasileiro vem disposto, juridicamente, nos artigos. 5º, inciso XVIII, 174, §2º, 187, inciso VI e 192 da Constituição Federal, nos artigos. 1.093 a 1.096 do Código Civil de 2002, bem como, na Lei nº 5.764/1971. Destaque, ainda, é merecido a outras legislações como a Lei n. 9.867/1999, que trata da figura das Cooperativas Sociais (BRASIL, 1999) e a Lei n. 12.690/2012, que dispõe sobre as Cooperativas de Trabalho, (BRASIL, 2012), as quais, unidas, fortalecem o desenvolvimento das, hoje conhecidas, sociedades cooperativas que contribuem, significativamente, para o desenvolvimento e emancipação socioeconômica dos cooperados, bem como, da população em geral.

## **1.2. Panorama geral das sociedades cooperativas a luz do Código Civil de 2002 e da Lei n. 5.764/71**

Para além das inúmeras mudanças apresentadas pela Constituição Federal de 1988, esta estabeleceu, também, a possibilidade de renovação no desenvolvimento do cooperativismo ao determinar no art. 174, § 2º que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo” (BRASIL, 1988). Porém, a festejada novidade, ainda, parece de novel regulamentação pela legislação infraconstitucional, o que faz permanecer em vigor a Lei n. 5.764/1971, com as inovações significativas apresentadas pelo Código Civil de 2002.

Para Bulgarelli (2000, p. 17), o sistema cooperativo nacional representa um mecanismo eficaz de aperfeiçoamento e distribuição de riqueza, ou seja, “[...] um sistema reformista da sociedade que quer obter o justo preço, abolindo o intermediário e o assalariado, através da solidariedade e da ajuda mútua”. Atualmente, o cooperativismo se manifesta por meio das sociedades cooperativas, que para Becho (2005a, p. 95), “[...] são sociedades de pessoas, de cunho econômico, sem fins lucrativos, criadas para prestar serviços aos sócios de acordo com princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintivos intactos”.

Disposta no CC/2002, a sociedade cooperativa, agora, possui natureza jurídica de sociedade simples. Com isso, segundo Coelho (2011, p. 137), “[...] as cooperativas nunca serão empresárias, mas necessariamente sociedade simples, independente de qualquer característica que as cerque (CC, art. 982, parágrafo único)”. Em Tomazette (2003, p. 97-98), “tal classificação se deve ao papel secundário que a organização dos fatores de produção toma em tais atividades, nas quais o caráter pessoal é que predomina, em oposição à atividade do empresário, onde a organização assume papel predominante”.

Nesse sentido, o CC/2002 inovou, significativamente, o comando contraditório da Lei Federal n. 5.764/71, pois, o diploma ao definir a cooperativa concedia-lhe dupla natureza jurídica, ou seja, própria e, também, civil. Alteração que, para Krueger (2005, p. 74), é justificada, visto que, “[...] a finalidade da cooperativa não é o lucro, mas a prestação de serviços ao seu associado, [...]. Diante desse fato, o legislador pátrio preferiu enquadrar a cooperativa como uma sociedade não empresária, ou seja, uma sociedade simples”.

Elenca, também, a legislação civilista, algumas das principais características específicas desse tipo de sociedade. Nesse sentido, para Almeida (2012, p. 401) a cooperativa “caracteriza-se pelo número ilimitado de sócios, pela viabilidade do capital social, pela limitação do número de quotas para cada sócio, pela impossibilidade de cessão de quotas a terceiros estranhos à sociedade entre outras particularidades menos expressivas”. Conforme Andrighi (2005, p. 55-56), “[...] foram praticamente mantidas em sua totalidade as características das sociedades cooperativas assinaladas pela lei específica, notadamente, em suas peculiaridades perante as demais sociedades admitidas em nosso ordenamento jurídico”.

Porém, numa análise minuciosa do CC/2002, observa-se que o estatuto legal não tratou, exatamente, de todas as características presentes na Lei do cooperativismo, a exemplo, a adesão voluntária e livre. Assim, “tal inexistência destoa do interesse e das origens do cooperativismo, bem como, vai a desencontro com o estabelecido no parágrafo 2º do artigo 174 da Constituição Federal” (LEOPOLDINO; QUADROS, 2011, p. 196). Isso posto, o sentido do “[...] princípio cooperativo contido no texto do artigo 4º, I da lei 5.764/71 é completar as Garantias Constitucionais da Liberdade de Reunião e Liberdade de Associação, previstos no artigo 5º, XVI e XVII” (MENESES, 2011, p. 100).

Cuidou, ainda, o diploma de 2002, a exemplo da Lei n. 5.764/71, da responsabilidade dos cooperados. Assim, para Correa (2005, p. 167), a lei civil “[...] criou uma faculdade ao afirmar que na sociedade cooperativa a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada”. Será limitada, segundo Leopoldino e Quadros (2011, 201), quando o sócio “[...] responder somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, resguardada a proporção de sua participação nas mesmas operações”. E ilimitada, porém, quando “[...] a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais” (LEOPOLDINO; QUADROS, 2011, p. 201).

Ademais, em outros aspectos, a Lei do cooperativismo regulamenta, pormenorizada-mente, as sociedades cooperativas quando, por exemplo, trata de questões sobre sua abertura e manutenção, assuntos não elencados, diretamente, pelo CC/2002. Nesse sentido, atualmente, já é ponto pacífico da legislação pátria que a sociedade cooperativa, para sua adequada constituição, não perece de autorização, mas tão somente arquivamento de seus atos em Junta Comercial competente.

Portanto, pode-se observar que a Lei n. 5.764/71 dispõe, de modo especial, sobre assuntos inerentes às cooperativas, e o CC/2002 assenhora-se das generalidades das situações que envolvam esta sociedade de pessoas. E, ainda, que exista inúmeras controvérsias doutrinárias sobre qual a legislação aplicável, “[...] olhando para o verdadeiro cooperativismo, as disposições do novo Código Civil são um avanço da legislação [...]” (BECHO, 2005b, p. 48).

Mas, para Oliveira (2006), ainda que sejam muitos os avanços legislativos, as cooperativas, ao atuarem no mercado, concorrem com as empresas mercantis e uma constituição jurídica diferenciada, por si só, não representa a sua principal vantagem, pois, o fator crucial para consolidá-la está na demonstração de sua eficiência, ou seja, indicará “[...] quais são as decisões e as reformas que levarão ao objetivo desejado na realidade socioeconômica” (GUERREIRO, 2010, p. 139).

Assim, atuando em diversificados ramos de atividade e amparadas pela legislação pátria, as sociedades cooperativas tornaram-se instrumento para a realização do cooperativismo outrora inspirado, historicamente, em princípios de solidariedade e liberdade. Fator que as distingue das demais sociedades empresariais, ou seja, no aspecto social e econômico, pois buscam a satisfação das necessidades individuais via colaboração coletiva (FRANKE, 1983).

Porém, o complexo fenômeno da globalização, surgida sob o manto da modernidade, provocou profundas transformações no desenvolvimento econômico e social da sociedade, agora envolta pela valorização do capital e limitadora das possibilidades do pensar e do agir em prol da coletividade (SOUZA, 2007). Para Marcelino Junior e Rosa (2015, p. 32), “a Magnitude das questões econômicas no mundo atual implica no estabelecimento de novas relações entre campos até então complementares”.

Pensando tal fenômeno, as cooperativas mesmo “[...] visando a otimização de seus resultados, a redução de seus custos e a sua maior eficiência e eficácia econômica” (PINHO, 2004, p. 204), são instituições que, no sistema econômico capitalista, podem se apresentar como alternativa equilibrada entre os interesses das pessoas (cooperados) e o mercado, mantendo a estabilidade entre o social e o econômico e, adaptando-se as implacáveis regras da econômica.

## 2. APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A globalização, como fenômeno decorrente do capitalismo, produziu profundas modificações no convívio social e, mais, proporcionou a interação dos mercados econômicos comprovando que a sociedade, de fato, é também interligada por questões econômicas demasiadamente relevantes e que influenciam, diretamente, nas escolhas racionais dos indivíduos quando da administração de recursos, ora, considerados escassos.

Nesse contexto, a globalização “trata-se, portanto, de mudanças que estão impactando fortemente a política mundial, a economia, o mundo do trabalho e as tradições culturais em todas as partes do planeta [...]” (COSTA, 2008, p. 12). Mudanças essas, que implicam, direta ou indiretamente, nas regras de organização da vida das pessoas em sociedade e, conseqüentemente, como o direito se desenvolve imbuído pela compreensão do comportamento dos agentes econômicos que vivem num mundo cada vez mais permeado por eficiência.

Logo, “a globalização é um fenômeno que tem economistas e profissionais do direito como alguns dos seus principais atores [...]” (PINHEIRO, 2003, p. 1). Então, é notório que o Direito e a Economia, não obstante sejam ciências consideradas distintas, se entrelaçam de forma contínua na sociedade, eis que no mundo globalizado contemporâneo, é impossível imaginar uma sociedade em que o direito e a economia não possuam papel preponderante em sua organização.

Neste sentido, buscando uma alternativa que unisse na mesma direção direito e economia, surgiu na segunda metade do século XX, a escola denominada *Law and Economics* (Direito & Economia) ou Análise Econômica do Direito (AED), pois para Coase (2016) não é clara, embora possa existir, a diferença entre as duas nomenclaturas empregada a esta corrente de pensamento contemporâneo.

Por esse ângulo, tal escola busca unir as distintas ciências, com a finalidade de serem observadas com princípios únicos, analisando o comportamento dos indivíduos, as conseqüências que determinada norma produz na sociedade, o impacto sobre a economia, a qualidade destas normas, utilizando como parâmetro a economia. Tudo isso alicerçado nas premissas basilares da eficiência econômica e da racionalidade dos agentes. (PINHEIRO, SADDI, 2005).

Porém, Salama (2010), ao compartilhar do entendimento de Rawls (2002), reconhece que direito e economia enfrentam problemas sociais comuns, como a coordenação, estabilidade e eficiência. Mas admite que o encadeamento entre as distintas ciências não é simples, pois suas metodologias de análise e pesquisa diferenciam-se profundamente. Nas palavras do autor:

[...] o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo (SALAMA, 2010, p. 9).

Muito embora, associar direito e economia possa ser um exercício turbulento, o diálogo interdisciplinar mostra-se, segundo essa teoria, como uma condição necessária para auxiliar juristas e economistas a compreenderem e explicar “[...] os efeitos de uma política sobre a eficiência do uso dos recursos disponíveis, senão também no que se refere à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza” (SANTOS FILHO, 2016, p. 212).

Historicamente, a origem da relação entre Direito e Economia pode ser remetida aos estudos de grandes teóricos econômicos como Adam Smith, Karl Marx e John Maynard Keynes (COASE, 2016). Mas, diversos estudiosos, ao longo do século XX, justificaram, também, a aproximação entre Direito e Economia, dentre eles merecem destaque os pensadores Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner, os quais fundamentaram, por meio de seus estudos, a aplicação de princípios econômicos ao campo do Direito.

Partindo dessa observação, importe ilustrar que foi o trabalho “*The Problem of Social Cost*” (1961), do economista Ronald Herry Coase a mais importe publicação sobre a temática da Análise Econômica do Direito (COELHO, 2008). Contudo, foi a obra “*Economic Analysis of Law*” (1973), de Richard Allen Posner, jurista e professor da Universidade de Chicago, a grande responsável pela efetiva difusão da AED e a qual serviu, e ainda serve, de guia para os estudiosos do movimento (HEINEN, 2014).

E assim, a economia se inseriu e permitiu o surgimento de uma tese, paradigmática, aplicada ao direito, se multiplicou e transcendeu fronteiras, hoje, possuindo repercussão global. A repercussão da AED, em tempos que seguiram ao seu surgimento, fez ampliar o debate sobre a mesma e emergir várias escolas (correntes) com diferentes perspectivas sobre o movimento. De acordo com Mackaay e Rousseau (2015, p. 13):

Havia a corrente principal, ou Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), as filiadas à Behavioral Law and Economics (Direito e Economia comportamental). A pluralidade de Escolas (ou linhas de pensamento) deveria ter levado à fragmentação e, ao final, ao desaparecimento do movimento.

Conquanto, a pluralidade de pensamentos aplicada a AED, não trouxe a decretação de seu fim, mas, inversamente, permitiu a divulgação ao movimento, principalmente, da tradicional Escola de Chicago – escola de maior visibilidade dentre os adeptos da economia aplicada ao direito – e mais, permitiu, ainda, o seu complemento ao buscar corrigir falhas atribuídas a teoria.

Conceitualmente, em Salama (2010, p. 10-11), a Análise Econômica do Direito, pode ser definida como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas”. Em outras palavras, “a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia [...], para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico” (GICO JUNIOR, 2010, p. 18). Para Coase (2016, p. XXXVIII), no Direito & Economia:

[...] estuda-se a ação das regras jurídicas (Constituição, leis atos normativos, decisões judiciais, entre outros) na tomada de decisões e nos resultados da economia. Quando aquela recorre aos procedimentos de análise da Economia Neoclássica, ela pressupõe que o Direito também enfrenta escassez de recursos para concretizar seus objetivos

[...], de maneira que, ao alocar recursos em um desses objetivos, isso se daria em detrimento da destinação de recursos para as demais metas [...].

Segundo Gonçalves e Stelzer (2007, p. 2), a AED trata-se de uma metodologia que autoriza a “[...] escolha, dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do Direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social”. Noutros termos, “[...] a AED se constitui num estudo capaz de proporcionar ao direito a análise dos institutos jurídicos no contexto em que recursos disponíveis mostram-se escassos e a escolha humana, necessariamente, uma renúncia, trazendo consequências aos demais indivíduos” (ROSA; GONÇALVES, 2017, p. 31).

Já Sztajn (2005, p. 82), ao utilizar o método econômico explica que a AED:

Trata-se de aplicação da teoria da escolha racional ao Direito (quer se trate de Direito positivo, de usos e costumes, decisões dos Tribunais ou de normas sociais), uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que os prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo.

Para Posner (2007a) a ciência econômica tem a função de analisar, via raciocínio lógico, como o indivíduo age diante dos recursos limitados e sua necessidade pessoal, ou seja, quais são os custos e benefícios na tomada de decisão. Assim, o sujeito é vislumbrado a partir da racionalidade que emprega para aumentar, ao máximo, a suas satisfações individuais, e o Direito, não obstante, deverá ser formado a partir do modo racional que ponderam as pessoas.

Nesse ponto, seguindo a ideia de Posner, a AED utiliza da economia para edificar uma teoria descritiva (explicativa ou positivista) ao considerar que os institutos jurídicos podem ser construídos através da maximização coordenada de preferências individuais. E, ainda, uma teoria normativa (prescritiva), ao avaliar “[...] como as normas legais e sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, utilizando-se dos pressupostos econômicos, quais seriam as normas jurídicas mais eficientes” (HEINEN, 2014, p. 319).

Então, ao analisar os conceitos referentes a AED, pode ser verificado que o movimento é norteado por fundamentos basilares como a eficiência (econômica), o individualismo metódico e as escolhas racionais dos agentes para própria satisfação. Nessa linha de entendimento, Mercurio e Medema (1999) incluem, como um desdobramento da última premissa, a ideia de que os indivíduos maximizam sua satisfação, ao responderem racionalmente a incentivos externos positivos ou negativos, o que para os estudiosos dessa metodologia, também, é um fundamento de análise.

Na sequência, a eficiência é utilizada, na metodologia da teoria, para pressupor a maximização de benefícios (riqueza ou valor) na alocação de recursos insuficientes para a satisfação das necessidades dos agentes econômicos. Para Arruda (2011, p. 74), “há eficiência, portanto, quando os recursos são dispostos sob seu uso mais valioso. Este é o padrão normativo básico da análise econômica do direito”, ao menos em sua primeira fase.

Importante destacar que, sob a ótica da AED, o critério da eficiência pode ser analisado através de parâmetros variados, sendo os mais importantes a eficiência de Pareto e a eficiência Kaldor-Hicks. A eficiência de Pareto é “aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da de B” (grifos do autor); já na conhecida por Kaldor-Hicks “o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 88).

No individualismo metodológico, como fundamento da AED, o ponto de partida é a ação humana individual, pois considera que as normas coletivas precedem a soma das respostas dos

indivíduos. A maximização de escolhas racionais, por sua vez, também decorre do individualismo, visto que, racionalmente, elas estabelecem diferença entre os benefícios almejados e os custos de suas condutas. (PARREIRA; BENACCHIO, 2012).

Nesse contexto, os recursos, ora, considerados como escassos seriam atribuídos aos indivíduos que, a eles, agregassem maior valor. Sob tal premissa, o método da AED propõe que a eficiência esteja, diretamente, aliada as escolhas racionais dos atores econômicos, pois, assim, os indivíduos sociais poderiam alcançar, mais facilmente, seus interesses ao maximizar aos custos e benefícios de suas decisões.

Nas lições de Posner (2007b, p. 474), “[...] as pessoas são maximizadores racionais de suas próprias satisfações – todas as pessoas, em todas as suas atividades que implicam uma escolha”. Nesse sentido, para a Teoria da AED, os indivíduos tendem a considerar todas as alternativas, condições e circunstâncias que envolvam a tomada de decisão econômica avaliando seus os custos e benefícios para, assim, escolher a opção que melhor lhe proporcione bem-estar social, ou seja, “[...] a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora, eles maximizam o seu bem-estar” (GICO JUNIOR, 2016, p. 22).

Diante disso, não há que se negar que o Direito e a Economia são ciências que se entrelaçam enquanto ciências sociais, pois objetivam estudar e organizar o comportamento humano em sociedade. Porém, também é sabido que inúmeras são as críticas à aplicação de preceitos econômicos ao Direito, em especial à vertente normativa proposta por Posner.

Para Pinheiro e Saddi (2005), as principais críticas à AED correspondem a sua metodologia, conceituação, historicidade e abrangência. Quanto a metodologia, para os críticos, existe uma ausência de cientificidade, pois, na elaboração de uma teoria criam-se, primeiramente, parâmetros e, a partir disso, busca-se, metodologicamente, demonstrar o que ainda não foi revelado e não o contrário. Nessa perspectiva, na AED muitos dos argumentos “[...] são irredutíveis simplesmente porque não podem ser mensuráveis; porém, em muitos casos a metodologia de *Law & Economics* é metafísica, ou seja, é muito mais uma forma de observar como funciona o mundo com base em premissas específicas” (PINHEIRO; SADDI, 2004. p. 24, grifos dos autores).

Já na crítica à conceituação está Dworkin, teórico do direito e um dos grandes questionadores das ideias da AED. Para o filósofo do direito, entre outros críticos, existe grande conflito conceitual na utilização do termo eficiência, principalmente, quando interpretado como um critério absoluto para medir o desenvolvimento de uma sociedade. Pois o critério de aferição de eficiência também “[...] depende de como as pessoas avaliam os benefícios e os custos de diferentes alternativas, o que, por sua vez, é subjacente a contextos sociais, históricos e mesmo de distribuição de renda” (PINHEIRO; SADDI, 2005. p. 92).

Importante também, nessa perspectiva, é lançar olhares para o momento histórico em que determinados conceitos, como os de racionalidade e eficiência, foram formulados, pois, “[...] para alguns, o movimento não dá a devida importância aos direitos humanos, à justiça distributiva e a valores éticos e sociais” (PINHEIRO; SADDI, 2005. p. 92).

Outra crítica à escola da AED diz respeito a sua abrangência, pois ao aplicar ao critério da eficiência, indiscriminadamente, nas instituições jurídicas, o método econômico ignora o aspecto, quiçá, mais relevante ao Direito, qual seja, a justiça (LEOPOLDINO, 2011b, p. 187). A título de exemplificação, para Pinheiro e Saddi (2005. p. 92), “[...] a justiça não depende de eficiência, e sim de procedimento – e de bons advogados. [...] a abrangência dos princípios de *Law & Economics* foi longe demais e é necessário estabelecer certos limites para sua aplicação”.

Ainda que recaiam consideráveis críticas a Teoria da Análise Econômica do Direito, especialmente, em relação a sua abrangência, importante destacar que sua aplicação, na atualidade,

permeiam os mais diversificados problemas do Direito. A aplicação do método econômico as pesquisas jurídicas propõem analisar as regras jurídicas e suas instituições “[...] os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados” (ZYLBERS-ZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 3).

Assim, o método de abordagem da AED serve para investigar e compreender qualquer problema que envolvam escolhas humanas sobre recursos escassos, ou seja, “toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica” (GICO JUNIOR, 2016, p. 21). Então, nessa concepção, o objeto de estudo para a AED encontra terreno fértil nas diversas áreas do Direito, inclusive no contexto de tomada de decisões que envolvam o cooperativismo.

Como já explorado, o homem, como ser racional que é, comporta-se, desde tenra idade, impellido pelas melhores oportunidades de escolha para alcançar satisfação pessoal, diante do menor um custo. Para Salama (2010, p. 7-8), “os indivíduos farão escolhas que atendam seus interesses pessoais, [...]. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos realizarão [...] uma dada atividade se, [...], os benefícios dessa [...] excederem seus custos”.

Nesse cenário, as pessoas estariam aptas a alcançar a, já discutida, maximização de riqueza, mas que, parece, cada vez mais, distante quando analisada sob a ótica do capital e do trabalho (LEOPOLDINO, 2011b). Em Piketty (2014, p. 45), “[...] a questão da repartição da produção entre a remuneração do trabalho e a do capital sempre constituiu a principal dimensão do conflito distributivo”, pois, em tempos de sociedade globalizada, o comportamento dos indivíduos diante do mercado econômico, aparentemente, não são relevantes, pois, há “[...] a persistência de privações entre segmentos da comunidade que permanecem excluídos dos benefícios da sociedade orientada para o mercado” (SEN, 2010, p. 21).

Logo, tem-se que na contemporaneidade o mercado econômico está, cada vez mais, permeado por transformações, desafios e competição, terreno fértil para satisfação dos detentores dos meios de produção, em desfavor dos indivíduos, pequenos produtores e empresários. Assim, segundo Coase (2016, p. 9), “se por um lado os tradicionais mercados do passado viram diminuir sua importância, nos tempos atuais, surgiram novos mercados de importância comparável para nossa economia moderna”.

À vista disso, “os grandes produtores [...], tendem à inércia, salvo se melhor alternativa lhes for proporcionada, enquanto para os pequenos produtores e indivíduos, a situação atual lhes é fator de exclusão” (LEOPOLDINO, 2011b, p. 188). Então, conforme esclarece Coase (2016, p. 115) “[...] seria possível elevar o valor de produção por meio de uma forma alternativa de organização econômica que obtivesse o mesmo resultado com menos custos do que seriam incorridos pela utilização do mercado”.

Dessa forma, o cooperativismo pode ser uma escolha, ora racional, de enfrentamento das severas regras, invisíveis, impostas pelo mercado econômico globalizado. Pois, como ensinara Hugon (1970, p. 168), “o indivíduo isolado, [...], seria substituído pela associação, [...], o antagonismo dos interesses privados, oriundos da concorrência, seria substituído, nos setores da produção e da repartição, pela colaboração destes mesmos interesses, decorrentes da associação”.

Para tanto, aos indivíduos inseridos no sistema produtivo econômico, muitas vezes, é necessário o seu fortalecimento, por meio, de incentivos emancipatórios, sejam eles, legais, políticos e, até mesmo jurídicos, para que a tomada de decisão econômica, ora escolha racional, os guie para melhor alocação dos recursos escassos disponíveis e, conseqüentemente, para a reversão da exclusão do cenário mercadológico (LEOPOLDINO, 2011b).

Porém, esse fortalecimento deve ir além de mera demonstração de índices econômicos positivos e investimentos para uma lucratividade exacerbada das organizações, mas, deve priorizar, ainda, a promoção do bem-estar social dos sujeitos e da população em geral. Sen (2010), destaca, nesse sentido, que o simples aumento de rendas individuais, o emprego de tecnologias ou a industrialização são condições muito restritas, do aqui é tratado como fortalecimento, pois, os agentes socioeconômicos dependem, também, de outros aspectos determinantes como saúde, educação, alimentação e um meio ambiente sustentável para, assim, se desenvolverem socialmente.

Por isso, as cooperativas, segundo Bialoskorski Neto (2006, p. 7), representam “[...] uma gradual transformação na postura econômica e de negócios, que evolui para alcançar um nível de maior eficiência por meio da cooperação entre agentes econômicos e não mais exclusivamente por meio da concorrência”. Pois, em um ambiente competitivo, “[...] para alguém ganhar, outro perderá, em cooperação ambos, ou muitos, podem ganhar” (RIBEIRO; QUEIROZ, 2017, p. 231), situação que pressupõe a necessidade, constante, de incentivos ao fortalecimento do cooperativismo, por meio, de políticas públicas e, principalmente, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, no ordenamento jurídico pátrio, o cooperativismo recebe tratamento diferenciado, visto estar previsto constitucionalmente e em legislações infraconstitucionais, as quais regulamentam o modo de atuação e a organização da atividade econômica cooperativa. Porém, na perspectiva legislativa, importante ressaltar, que “[...] a intervenção estatal se limita a garantir o ambiente mais equilibrado possível, nas relações particulares, cada indivíduo é o melhor conhecedor de seu interesse” (GUERREIRO, 2010, p. 140).

A fim de responder as problemáticas apresentadas nesta pesquisa, foram apresentadas as bases teóricas e históricas tanto do cooperativismo quanto da Análise Econômica do Direito, neste momento, passa-se a analisar quais elementos os agentes econômicos levam em consideração quando da tomada de suas decisões.

Sabe-se que os indivíduos agem de forma racional, ainda que inconscientemente buscam maximizar seus resultados, partindo desta premissa passa-se analisar o custo social, ou seja, os custos de transação na perspectiva de Ronald Coase e seu celebre estudo denominado “*The nature of the firm*” escrito em 1937.

Assim, para negociar no mercado a firma - neste caso, a cooperativa - tem que levar em consideração os custos de produção, mas também os custos que incidem na transação, ou seja, os custos para negociar, redigir, custos com advogados, todos os custos que envolvam as contratações. Isso posto, em Coase (2016, p. 114):

A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante.

De fato, “uma vez que se levam em conta os custos de realização de transações de mercado, é claro que essa realocação dos direitos só ocorrerá se o aumento do valor da produção como consequência do rearranjo for maior do que os custos incorridos para implementá-lo” (COASE, 2016, p. 115).

Neste sentido, analisar o aparelho jurídico que ampara o cooperativismo no Brasil é imprescindível para conhecer os sistemas de incentivo e concluir se há ou não maximização da riqueza e, por conseguinte, alcance da justiça social. “Está claro que seria possível elevar o valor da produção por meio de uma forma alternativa de organização econômica que obtivesse o

mesmo resultado com menos custos do que seriam incorridos pela organização do mercado” (COASE, 2016, p. 115).

Portanto, “uma vez que os custos de transações realizadas no mercado são levados em conta, fica claro que a aludida realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior que os custos incorridos para implementá-la” (COASE, 2010, p. 77).

Como exemplo do reflexo da análise dos custos de transação, Coase (2010) exemplifica que o proprietário de terras, detentor de uma extensa área, tem a opção de dar diversas destinações a esta terra, para isso, ele vai levar em consideração o efeito das inter-relações entre as diferentes atividades no lucro gerado pelo uso da terra, reduzindo, ou evitando barganhas desnecessárias entre os empreendedores das várias atividades, em resumo, as opções são analisadas antes da tomada de decisão, evitando a que cause maior custo e elegendo a que gerará maior lucro.

No entanto, só é possível ter poder de barganha e escolher as melhores transações, diminuindo o custo e aumentando o lucro, se o empreendedor for relevante para o mercado, tendo em vista as altas transações.

Neste ponto, as cooperativas possuem papel relevante, eis que “grupos de pequenos que se tornam grandes quando formam uma cooperativa e a cooperativa concorre no mercado com as grandes corporações. O estabelecimento de vantagens competitivas por parte de cooperativas têm sido o apelo da economia social” (SALES, 2010, p. 32).

É nesse cenário, que se destacam as cooperativas de cunho agrícolas e agroindustrial, que para Bialoskorki Neto (1994), são sabedoras contribuintes na formação balança comercial do país e perceptíveis colaboradoras para a distribuição de rendas em ambiente rural. Por tais motivos, são relevantes para o agronegócio brasileiro, pois colaboram com o desenvolvimento econômico e social, especialmente de pequenos proprietários rurais.

É por meio da cooperativa que haverá capacidade de barganha suficiente para operar a firma, neste ponto, é de relevância citar o papel do Estado na regulamentação de tal setor, eis que se não houver a possibilidade de associação, muito provavelmente estes indivíduos não estariam inseridos no mercado e não gerariam riqueza. Destarte, “o governo é, em certo sentido, uma superfirma (mas de um tipo muito especial), pois é capaz de influenciar a utilização dos fatores de produção mediante decisões administrativas” (COASE, 2016, p. 117).

A Lei n. 5.764/71 é um exemplo pelo qual o Governo atua a fim de influenciar a distribuição dos fatores de produção e propiciar àqueles que individualmente não teriam capacidade de reduzir seus custos de transação e de barganhar no mercado. Embora existam reivindicações quanto a necessidade de atualização do aparato normativo, especialmente para ser mais consonante com os ditames constitucionais.

Levando-se em consideração a existência de custos de transação e o papel do Governo na tomada de decisões da Cooperativa, tem-se que a “realocação de direitos somente ocorrerá quando o aumento no valor da produção por ela gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-la” (COASE, 2010, p. 77).

É de se considerar que quando se fala em realocação de direitos, está realizando a afirmação de realocação de fatores de produção – os quais são compreendidos como direitos – o direito a fazer algo só será exercido, na ótica de uma análise econômica do direito, se ele for eficiente, no sentido de gerar mais lucro do que custo, caso contrário a decisão racional é de não fazer.

Assim é que “o neoliberalismo coloca a liberdade e a propriedade como dogmas, os quais, mediante as valiosas trocas que o mercado pode fomentar, seriam os únicos elementos capazes de se justificar uma Teoria da Justiça” (AVELÃS NUNES, 2003, p. 59).

A existência jurídica da cooperativa, seu respaldo constitucional, são meios de propiciar a participação do indivíduo no mercado é, conforme já explicado, o meio pelo qual é possível a redução dos custos de transação e a possibilidade de realização de barganhas entre os entes privados sem a interferência direta do Estado.

Por conseguinte, o sistema cooperativista é “[...] economia social e é composta por organizações diferentes das empresas que apenas visam lucro nos mercados, pois geram empregos, [...] desenvolvimento econômico e procede na geração e distribuição de renda, o que outras empresas não fazem com eficiência” (BIALOSKORSKI NETO, 2006, p. 190). Pensar no cooperativismo como elemento importante para o desenvolvimento da Justiça Social é indispensável para garantir as liberdades individuais e a eficácia do direito ao desenvolvimento, assim é que o seu fortalecimento deve ser implementado pelo Estado por meio de normas que incentivem os indivíduos a cooperar.

[...], parece razoável concluir que tal fortalecimento, desde que corretamente incentivado, tende a proporcionar uma melhor eficiência econômica, entendida como uma melhor distribuição da participação na relação de produção, ocasionando uma migração dos recursos (hoje praticamente concentrados nos grandes produtores) para os pequenos produtores e indivíduos que, diante dos incentivos, poderão proporcionar melhor alternativa de uso deles (LEOPOLDINO, 2011b, p. 189).

Quando se pensa em Justiça Social é relevante mencionar o papel que o mercado exerce sobre o processo de garantia do direito ao desenvolvimento “a capacidade do mecanismo de mercado de contribuir para o elevado crescimento econômico e o progresso econômico global tem sido ampla e acertadamente reconhecida na literatura contemporânea sobre o desenvolvimento” (SEN, 2010, p. 20).

A cooperativa, para Pinho (2004), assume maior relevância no sentido de que além de fomentar o mercado, produzindo emprego, renda, possui também outros desafios a serem enfrentados e que contribuem de forma significativa para a Justiça Social, a saber: produzir tecnologia em benefício das pessoas; transformar e aprimorar a educação de base; colaborar com o Estado de bem-estar social; renovar a democracia e fortalecer instituições que regulem e preservem direitos de terceira dimensão.

## CONCLUSÃO

A sociedade impelida pelos efeitos da globalização sofreu, e ainda sofre, profundas transformações socioeconômicas, as quais irradiam efeitos para a vida, o trabalho e para a organização dos indivíduos que, gostando ou não, precisam se adaptar as mudanças sofridas pela novel realidade contemporânea que, em grande parte, é gerida pela ideologia do capital.

Assim, o presente estudo demonstrou que o cooperativismo pode ser uma forma, democrática e humana, de alteração do paradigma imposto pelo modelo capitalista de mercado ao aproximar, conscientizar e incentivar os agentes econômicos a investirem, unidos em cooperação, na diminuição dos custos de transação e na alocação recursos (direitos) em prol do desenvolvimento mútuo e da, tão, almeja maximização de justiça social.

Para tal, foi observado que, há muito, o sistema legal cooperativo está estruturado, em comandos Constitucionais e em leis de hierarquia menor, embora algumas das legislações careçam de atualização ou, até, mesmo reformulação para garantir maior estabilidade, melhor gestão

e o máximo desenvolvimento para o empreendimento cooperativo, pois é causa de equilíbrio social e viabiliza o progresso, a justiça e solidariedade.

Em outro ponto, a doutrina econômica, em especial a Análise Econômica do Direito, forneceu, também, algumas contribuições sobre a importância do incentivo, aperfeiçoamento e fortalecimento do cooperativismo, em especial, ao vislumbrar que, o processo de produção cooperativo, pode possibilitar a diminuição de desigualdades sociais, produzir empregos e gerar renda aos agentes socioeconômicos, ao possibilitar a entrada e permanência destes no concorrido mercado econômico.

Para tanto, considerou-se que o empreendimento cooperativo apresenta, apreciável, relevância perante as forças do mercado, pois maximiza a possibilidade de barganha ao viabilizar melhores opções de escolhas dos agentes cooperados nas transações que realizam, assim, proporcionando a chance de diminuição de custos e aumento dos lucros. Nesse sentido, destaca-se que a regulamentação legal dispensada ao cooperativismo se faz importante, visto que, viabiliza, juridicamente, as cooperativas como um meio possível de redução dos custos de transação e barganhas no mercado econômico.

Importante, por fim, destacar que ao analisar cooperativismo sob a ótica do método econômico aplicado ao Direito, observou-se que são restritas, quiçá inexistentes, na literatura nacional estudos sobre a temática, situação que não externaliza a relevância das cooperativas como organizações capazes de reduzirem, significativamente, os custos sociais da atividade econômica contemporânea.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais** (direito de empresa). 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A autonomia do Direito Cooperativo. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). **Cooperativismo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 51-59.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. 287f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/pt-br.php>. Acesso em: 03 set. 2018.

AVELÃS NUNES, Antônio José. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Caminho Nosso Mundo, 2003.

BECHO, Renato Lopes. **Tributação das cooperativas**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005a.

BECHO, Renato Lopes. As metodologias de cotejo da Lei n. 5.764/71 e o Código Civil para a definição do novo regime jurídico das sociedades cooperativas. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). **Cooperativismo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005b. p. 27-49.

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Aspectos econômicos das cooperativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Agribusiness cooperativo: economia, doutrina e estratégias de gestão**. 1994. 135f. Dissertação (Mestrado em Economia Aplicada) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo (ESALQ/USP), Piracicaba, 2014.

Análise jurídica e econômica do cooperativismo: custos de transação e a realocação de direitos a fim de maximizar a justiça social

Disponível em: <http://teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-20181127-161218/es.php>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971**. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5764.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5764.htm). Acesso em 14 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme específica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19867.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19867.htm). Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/L12690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12690.htm). Acesso em: 25 ago. 2018.

BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. (Coleção Paulo Bonavides).

COASE, Ronald Harry. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Ed.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59–112.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **O caráter científico da Análise Econômica do Direito**: uma explicação de sua influência como doutrina jurídica. 2008. 150f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/5120>. Acesso em: 12 out. 2018.

CORREA, Antônio. A responsabilidade civil e tributária das cooperativas. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). **Cooperativismo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 155-182.

COSTA, Edmilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

FRANKE, Walmor. **Doutrina e aplicação do Direito Cooperativo**. Palotti: Porto Alegre, 1983.

FURQUIM, Maria Cecília de Araújo. **A cooperativa como alternativa de trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

GAYOTTO, Adelaide Maria. **Formas primitivas de cooperação e precursores**. Departamento de Assistência ao Cooperativismo. Secretaria de Agricultura: São Paulo, 1967.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coords.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-26.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a ciência econômica**: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. Paper: Berkeley Program

in Law & Economics Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Anual Papers (University of California, Berkeley), 2007. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito\\_intern-everton\\_goncalves\\_e-joana\\_stelzer.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_intern-everton_goncalves_e-joana_stelzer.pdf). Acesso em: 17 set. 2018.

GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento - Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2010, n. 2, p. 122-151, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista2/Discussao.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. In: *Direito e Economia I: Encontro Nacional do CONPEDI*, 23., 2014, Florianópolis. **Anais Eletrônicos...** Florianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>. Acesso em: 20 maio. 2018.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. São Paulo: Atlas, 1970.

KOSLOVSKI, João Paulo. A evolução histórica das cooperativas. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger. (Coord.). **Cooperativas e tributação**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 19-32.

KRUEGER, Guilherme. As cooperativas como sociedades simples. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Cooperativismo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 61-110.

KRUEGER, Guilherme. A disciplina das cooperativas no Novo Código Civil: a ressalva da lei 5.764/71. In: BECHO, Renato Lopes (Coord.). **Problemas atuais do Direito Cooperativo**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 96-119.

LEITE, Glaucia Silva. **O cooperativismo como instrumento constitucional de garantia do desenvolvimento nacional**. 2013. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Mestrado em Direito, Universidade de Marília (UNIMAR), Marília, 2013. Disponível em: [http://www.unimar.br/pos/trabalhos/v\\_resumo.php?art=317](http://www.unimar.br/pos/trabalhos/v_resumo.php?art=317). Acesso em: 23 jun. 2018.

LEOPOLDINO, Candida Joelma. Elementos conceituais e históricos do cooperativismo. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR**, Marechal Rondon, v. 11, n. 20, p. 141-156, 2011a. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/7618>. Acesso em: 12 jul. 2018.

LEOPOLDINO, Candida Joelma. Cooperativismo atual: uma visão econômica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 179-205, jul./dez. 2011b. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1265>. Acesso em: 04 jun. 2018.

LEOPOLDINO, Candida Joelma; QUADROS, Laura Cristina de. O direito cooperativo e sua normativa jurídica. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista - UNIOESTE/MCR**, Marechal Rondon, v. 13, n. 17, p. 185-207, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/fazciencia/article/view/7920>. Acesso em: 21 abr. 2018.

LUZ FILHO, Fabio. **Teoria e prática das sociedades cooperativas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Pongetti, 1953.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCELINO JUNIOR, Júlio Cesar; ROSA, Alexandre Moraes da. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MAUAD, Marcelo. **Cooperativas de trabalho**: sua relação com o direito do trabalho. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 2001.

MENESES, Daniel Francisco Nagao. Estrutura jurídica do cooperativismo brasileiro. **Revista Direito em Discurso**, Londrina, v. 4, n. 1, p. 96-109, jan./jul. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rdd/article/view/13947>. Acesso em: 20 maio 2018.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to post-modernism. Princenton University Press, 1999.

MORIN, Edgar. **Os setes saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgar de Assis Carvalho. 3 ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2001

NAMORANDO, Rui. **Cooperativismo**: um horizonte possível. 2005. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/229/229.php>. Acesso: 15 ago. 2018.

NAMORANDO, Rui. **Os princípios cooperativos**. Coimbra: Fora do Livro, 1995.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. **Manual de gestão das cooperativas**: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2006.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do direito para a análise jurídica da economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 11, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2012.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado**: cooperação ou confronto? Rio de Janeiro: IPEA, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Curso de Law and Economics**. São Paulo: Editora Campus, 2004.

PINHO, Diva Benevides. **O pensamento cooperativo e o cooperativismo brasileiro**. São Paulo: CNPq, 1982.

PINHO, Diva Benevides. **O cooperativismo no Brasil**: da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004.

POSNER, Richard Allen. **El Análisis Económico del Derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007a.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; QUEIROZ, Cristiano Puehler de. Incentivos jurídicos e econômicos à cooperação como fomento ao cooperativismo. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 225-236, jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/310>. Acesso em: 25 out. 2018.

ROSA, Alexandre Moraes da; GONÇALVES, Jéssica. Os custos dos direitos fundamentais justificam a negação? Para além do discurso a *la Pollyana*. In. \_\_\_\_\_; GUASQUE, Bárbara (orgs.). **Análise Econômica do Direito**: desafios da leitura da economia no Brasil. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 25-38.

PRADO, Flavio Augusto Dumont. **Tributação das cooperativas à luz do direito cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2004.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. In: \_\_\_\_\_. (Ed.). **Direito e Economia: Textos Escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9-57.

SALES, João Eder. Cooperativismo: origens e evolução. **Revista Brasileira de Gestão e Engenharia**. São Gotardo, n.1, p. 23-34, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.cesg.edu.br/index.php/gestaoeengenharia>. Acesso em: 22. jun. 2018.

SANTOS FILHO, Sírio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, maio./ago. 2016.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Michele Cristhina. **Cooperativismo no Brasil: um estudo comparativo de três perspectivas com ênfase na região de Florianópolis**. 2009. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Biguaçu, 2009. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp119937.pdf>. Acesso em: 14 maio 2018.

SINGER, Paul. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SOUZA, Edson Galdino Vilela de. **Panorama atual do cooperativismo de crédito no Brasil: globalização, estado e cidadania**. 2007. 226f. Dissertação (Mestrado em Direito Cooperativo e Cidadania) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp037609.pdf> Acesso em: 16 maio. 2018.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Cooperativismo: nova abordagem sócio-jurídica**. Curitiba: Juruá, 2003.

VICENTE, Fábio Moura de. **As sociedades cooperativas e o regime jurídico-tributário de seus atos**. 2006. 172f. Dissertação (Mestrado em Direito Cooperativo e Cidadania) – Programa de Pós-Graduação e Pesquisa, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/4672>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1-15.

Recebido em: 15 fev. 2019.

Aceito em: 18 set. 2019.



# A CULTURA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

**Andressa Zanco**

Universidade Comunitária da Região de Chapecó  
(Unochapecó), Santa Catarina.  
*andressa.zanco@unochapeco.edu.br*

**Maria Aparecida Lucca Caovilla**

Universidade Comunitária da Região de Chapecó  
(Unochapecó), Santa Catarina.  
*caovilla@unochapeco.edu.br*

**RESUMO:** Este artigo analisa e descreve como a cultura do desenvolvimento econômico está se expandindo de forma a ignorar as características intrínsecas aos seres humanos e à natureza, valorizando, conseqüentemente, a busca incessante de lucro, resultando em contextos desiguais na América Latina. A ética da libertação, de Enrique Dussel, e a ideia de bem-estar social, de Amartya Sen, podem ser alternativas ao desapego de conceitos desenvolvimentistas falaciosos. Neste sentido, busca-se demonstrar que as relações entre os seres humanos, a natureza e o capital devem ser revistas, a fim de promover a igualdade, o bem-estar e o bem comum por meio de um desenvolvimento libertador.

**PALAVRAS CHAVE:** Desenvolvimento econômico. Ética da libertação. Igualdade.

*The Culture of Economic Development in the Perspective of the Ethics of Liberation*

**ABSTRACT:** This article analyzes and describes how the culture of economic development is expanding in order to ignore the intrinsic characteristics of humans and nature, thus valuing the unceasing pursuit of profit, resulting in unequal contexts in Latin America. Enrique Dussel's ethics of liberation and Amartya Sen's idea of social well-being may be alternatives to detachment from fallacious developmental concepts. In this sense, it is sought to demonstrate that the relations between human beings, nature and capital must be reviewed in order to promote equality, well-being and the common good through a liberating development.

**KEYWORDS:** Economic development. Ethics of liberation. Equality.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico sempre foi pautado na busca incessante pelo capital. A cultura do lucro e do crescimento, na lógica capitalista, são considerados mais importantes no desenrolar da vida humana. No entanto, a igualdade e o bem-estar das pessoas sempre foram interpretados de forma a representar a quantidade de bens, serviços e capitais que cada indivíduo pode adquirir no decorrer da vida.

A cultura do desenvolvimento econômico, pautado na busca incessante pelo lucro, vem se tornando uma hegemonia global, estabelecendo trocas desiguais, especialmente no contexto da América Latina, consequência da modernidade e da globalização, influenciando fortemente na criação de perspectivas alienadas e etnocêntricas.

A ética da libertação, de Enrique Dussel, e a ideia de bem-estar social de Amartya Sen, surgem como possibilidades de um desenvolvimento econômico libertador, pautado em relações equitativas e equilibradas entre o ser humano e a natureza. Esta busca pelo capital e a exploração desenfreada da natureza estão levando ao colapso do planeta.

As relações entre o ser humano e o capital são conceitos que precisam ser revistos e interpretados de forma a priorizar um bem-estar social e um bem comum para as pessoas e para a natureza.

Por meio da pesquisa bibliográfica, lançando mão do método dedutivo, transita-se pelos conceitos de bem-estar social, desenvolvimento humano, desenvolvimento econômico, bem comum da humanidade a fim de compreender a proposta da filosofia da libertação e a sobrevivência do gênero humano na terra.

## 1. ÉTICA DA LIBERTAÇÃO

A ideia de modernidade pressupõe a Europa como “centro” do mundo e como a cultura mais desenvolvida e superior a todas as outras. As demais culturas e civilizações são interpretadas como a periferia da Europa e o “outro” é subjugado à inferioridade. A violência causada pelo etnocentrismo é entendida como necessária à evolução. Faz-se assim, imprescindível um estudo sobre a ética da libertação, de Enrique Dussel, que desmistifica a Europa como uma universalidade e como o centro do mundo, dando espaço para outras culturas diversificadas.

Rocha afirma que etnocentrismo é uma visão de mundo na qual um grupo é tomado como centro de tudo e todos os outros são pensados e sentidos a partir dos valores, modelos e definições deste grupo central. No plano intelectual, o etnocentrismo pode ser visto como a dificuldade em pensar as diferenças. O etnocentrismo não é exclusivo de uma época ou de uma sociedade, ele é um fato humano que possui<sup>1</sup> maior unanimidade.

Para Dussel, a ética da libertação deve, em primeira análise, refletir sobre a implantação geopolítica da própria filosofia, uma vez que, uma filosofia da “libertação” deveria inicialmente partir de uma libertação da própria “filosofia”. A filosofia, desde os gregos, sempre esteve atrelada ao poder, entretanto, nos etnocentrismos anteriores, quando uma cultura era considerada superior às outras, o etnocentrismo era regional.

No caso da Modernidade, Dussel afirma que o etnocentrismo europeu foi o primeiro a ser considerado um etnocentrismo “mundial”. É desta perspectiva que o autor sugere que se deve “libertar a filosofia”. O mundo ou a eticidade de um filósofo, por ser de um sistema hegemônico, como o grego, bizantino, muçulmano, cristão medieval, e especialmente o moderno, busca apresentar um modelo de “mundo” humano por excelência, sendo que, o mundo dos “outros” é a barbárie, a marginalidade e o não-ser.<sup>2</sup>

Oliveira e Dias, asseveram, por meio da ideia de Dussel, que a modernidade é vista como um processo de emancipação da razão humana, que se definiu por meio do processo civilizatório europeu, sendo caracterizado como um fenômeno eurocêntrico, no qual o discurso principal é de que “a Europa teve características excepcionais internas que permitiram a sua superação para a sua racionalidade”. Segundo a visão eurocêntrica hegeliana, a Europa nada tem a aprender com outros mundos e outras culturas, uma vez que já é plena em sua realização.

---

<sup>1</sup> ROCHA, E. P. G. O que é etnocentrismo. 5ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1988.

<sup>2</sup> DUSSEL, E. **Ética da Libertação**: Na idade da globalização e da exclusão. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2012.

Segundo Oliveira e Dias, na visão de Dussel, o pensamento eurocêntrico é uma falácia desenvolvimentista. A cultura eurocêntrica propaga a ideia de que as outras culturas causam o seu próprio subdesenvolvimento e que por isso, o progresso é um bem para elas. O progresso é considerado como um processo emancipador, entretanto, trata-se de outra falácia do desenvolvimento e da dominação europeia.<sup>3</sup>

Oliveira assevera que a “Modernidade” da Europa é construída em um processo longo, que antecede a era das revoluções e se constitui por sua “centralidade” na história mundial, e na transformação de todas as outras culturas como periferia. O etnocentrismo europeu é o único que pode identificar-se como uma “universalidade”. Na visão do autor, a Europa é entendida como o “centro” do mundo.<sup>4</sup>

Houtart ressalta que o neoliberalismo acentuou este fenômeno no mundo inteiro, uma vez que aderir aos valores da cultura dominante tem sido uma aspiração individual e coletiva. O que ocorreu com as classes subalternas europeias e com o cristianismo repete-se em muitos outros lugares. Esta contaminação ideológica é um fato real.<sup>5</sup>

Dussel complementa que, o problema da “universalidade” passou despercebido pelos filósofos da época, uma vez que se apresentou para a Modernidade de uma maneira nunca antes abordada. O “eurocentrismo” consiste em estabelecer uma universalidade abstrata humana em geral, ou seja, visa estabelecer particularidades europeias, tais como a cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc.<sup>6</sup>

Houtart assevera que a modernidade é fruto da transformação da sociedade europeia, a qual definiu seus próprios paradigmas e culminou na exploração da natureza, na origem do mercado capitalista e na intensificação do individualismo. A hegemonia global se manifestou de forma que resultou na destruição, absorção e submissão dos modelos de produção pré-capitalistas, por empresas coloniais e pelo intercâmbio desigual entre o centro do mundo e a periferia, ao qual se denominou de globalização. Este novo modelo hegemonizou todas as formas de capital.<sup>7</sup>

Dussel critica esta filosofia ao afirmar que grande parte dos ganhos da Modernidade não foram exclusividade da Europa, mas de uma contínua dialética de impacto e contraimpacto, efeito e contraefeito, da Europa-centro e sua periferia. A filosofia “europeia” não é um resultado exclusivo da Europa, mas da contribuição das culturas periféricas que constituíram um diálogo essencial.<sup>8</sup>

Para Oliveira e Dias, na visão de Dussel, os argumentos da modernidade são um mito, uma vez que ocultam o processo de dominação e violência sobre as outras culturas, além de imputar a falsa ideia de que o bárbaro não possui herança pessoal e liberdade subjetiva. O sofrimento produzido no outro é entendido como inevitável e é justificado pelo discurso da salvação.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, I. A.; DIAS, A.S. **Ética da Libertação de Enrique Dussel**: caminho de superação do irracionalismo moderno e da exclusão social. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/1798/1129>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, H. M. **A filosofia da libertação como desmitologização a modernidade**. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo07.H.Mandotti.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>5</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

<sup>6</sup> DUSSEL, E. **Ética da Libertação**: Na idade da globalização e da exclusão. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>7</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

<sup>8</sup> DUSSEL, E. **Ética da Libertação**: Na idade da globalização e da exclusão. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2012.

O mito da modernidade é uma inversão, na qual a vítima é transformada em culpada e o vitimador, o real culpado, é visto como vítima.<sup>9</sup>

Oliveira assevera que a violência contra o outro, contra o mais fraco, o despossuído de tudo, se faz pela sua dominação, e aquele que domina é o seu possuidor. Esta dominação encontra sua origem na posse, que pode ser geográfica, das coisas, dos bichos e das pessoas. Este sentido de posse se perpetua de geração para geração e constitui uma elite possuidora, que exerce uma violência explícita e simbólica sobre o outro.

A importância dada à propriedade, ao “ter”, é transformada em projeto de vida e entendida como a única razão de viver e que incita os sujeitos da sociedade. Este “projeto de vida”, no entanto, pode ser institucionalizado em sistema, que passa a ser imposto para todos e, desta forma, aliena o outro e o destitui de sua história e de sua cultura. O corpo passa a ser entendido como um instrumento ou relegado à margem da sociedade, ou ainda, aniquilado.<sup>10</sup>

Piza e Brambilla afirmam que, para Dussel, o processo de libertação só se inicia quando o interior do sistema se manifesta no outro, ou seja, passa a interpretar o outro como alguém. A “consciência ética” é a ação que estabelece a relação com o outro e só a partir da revelação do outro é que se recebe a responsabilidade pela cultura dos oprimidos e dos renegados historicamente. É neste sentido que Dussel interpreta o filósofo libertador.<sup>11</sup>

Nota-se que é necessário ter consciência do outro, de sua desigualdade e de sua negação durante a história, principalmente na modernidade. Entender que o outro possui uma cultura própria e abundante é um movimento necessário para a valorização do outro como igual.

## 2. IGUALDADE NUMA PERSPECTIVA LIBERTADORA

O direito à igualdade é amplamente discutido por diversas Constituições e até mesmo por antigas declarações. Muitas concepções sobre o direito à igualdade estão baseadas em visões igualitaristas de capital, ou seja, significa dizer que a busca pela igualdade é a igualdade entre bens, serviços e capitais, sem necessariamente importar o desejo intrínseco do indivíduo em exercer sua liberdade de escolha.

Canotilho, por meio do pensamento sofista, acredita que a partir da natureza biológica comum dos homens, todos os homens são naturalmente iguais, e que estão em um mesmo plano de igualdade, ou seja, que todos possuem os mesmos direitos, não sendo estes limitados ao espaço da *pólis*. Todavia, para o autor, esta antiga ideia de igualdade não atingiu outro plano, além do filosófico.<sup>12</sup>

Lafer entende que a igualdade é construída pela ação conjunta da sociedade através de sua organização política. Há uma indissolubilidade entre o direito individual do homem e sua

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, I. A.; DIAS, A.S. **Ética da Libertação de Enrique Dussel: caminho de superação do irracionalismo moderno e da exclusão social.** Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/1798/1129>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, H. M. **A filosofia da libertação como desmitologização a modernidade.** Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo07.H.Mandotti.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>11</sup> SUZE, P.; BRAMBILLA, B. B. **Subjetividade e ética na América Latina ou o cinismo e a potencialidade da práxis da libertação.** Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

autodeterminação política, uma vez que, por meio do exercício dos direitos políticos, bem como da autodeterminação da comunidade, é que o indivíduo constrói a sua igualdade.<sup>13</sup>

Em sua concepção igualitarista, Bobbio aduz que a igualdade é um valor supremo de convivência ordenada, ou seja, de uma sociedade feliz e civilizada. Em sua percepção, Bobbio observa os ensinamentos de Aristóteles, ao afirmar que a justiça se identifica com a legalidade, pois uma ação é considerada justa quando praticada em conformidade com a lei. O autor acredita que a justiça se identifica com a igualdade, pois quando uma ação é justa e uma lei é respeitada, se obtém uma relação de igualdade.

A igualdade de oportunidade é a equivalência de condições entre indivíduos que não estão assemelhados socialmente, no qual, o “ponto de partida” se dá a partir de sua existência. O autor tinha como objetivo proporcionar a todos os integrantes da sociedade a possibilidade de emergir a partir de um ponto comum, ao manter um tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade material.<sup>14</sup>

Canotilho afirma que a igualdade, na aplicação do direito, continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade. Ser igual perante a lei não significa apenas a aplicação igual da lei, ou seja, para todos os indivíduos com as mesmas características se deve prever, através da legislação, idênticos resultados jurídicos. Além da igualdade formal, a conjuntura da sociedade exige uma igualdade material através da lei, na qual se deve tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual.<sup>15</sup>

Sen questiona o que de fato deve ser igualado, sendo esta uma pergunta básica para compreender o igualitarismo. As chamadas teorias “igualitaristas de oportunidades” têm como pressuposto a compensação de certas desigualdades nas quotas de recursos de que dispõem para realizar aquilo que valorizam, ou seja, os membros da sociedade devem compensar seus membros pelas desigualdades ao longo da história, o que, na concepção do autor, produzem “resultados pobres”.<sup>16</sup>

Sarlet sustenta que a noção intrínseca de direitos humanos fundamentais “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. Para efetivar o princípio da igualdade torna-se necessário considerar a condições fáticas e econômicas da sociedade, uma vez que a proibição à discriminação não é garantia de igualdade.<sup>17</sup>

Sen assevera que a perspectiva da capacidade é uma concepção da “igualdade de oportunidades” que salienta a liberdade substantiva que os indivíduos possuem para levar suas vidas. Esta concepção é o que focaliza a liberdade que as pessoas têm para buscar seus objetivos. As oportunidades reais que as pessoas têm, que são “objetivos ligados ao bem-estar”, são representados por suas “capacidades”.<sup>18</sup>

Santos afirma que, nos últimos anos, após a intensificação do fluxo de bens, serviços e capitais, através das fronteiras nacionais, o trabalho de milhares de pessoas e as diversas organizações de todo o mundo têm demonstrado os efeitos excludentes da globalização neoliberal, o que tem fomentado importantes discussões políticas e acadêmicas acerca do rumo da economia mundial. A globalização neoliberal se alicerça em condições políticas, sociais e econômicas que

<sup>13</sup> LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**. 6ª reimpressão. São Paulo: Editora Companhia Das Letras, 2006.

<sup>14</sup> BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1997.

<sup>15</sup> CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

<sup>16</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>17</sup> SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>18</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

acentuam a desigualdade em todas as suas escalas, geográficas e nacionais, o que comprova o aumento da desigualdade nos países da América Latina.

Na escala urbana, a desigualdade entre ricos e pobres é latente, e afirma que nas cidades de semiperiferia e da periferia do sistema mundial, esta desigualdade se manifesta na crescente diferença entre rendimentos e condições de vida. Um dos principais efeitos do incremento da desigualdade em todas as suas escalas, é a tendência à efetiva exclusão de setores da população do processo de acumulação global de capital.<sup>19</sup>

Para Sen, ninguém deve ser forçado a viver de forma específica. As oportunidades reais ou substantivas envolvem mais do que a disponibilidade de recursos e as capacidades são os poderes de fazer ou deixar de fazer o que se quer e envolve algo chamado de “acessibilidade” a recursos, que depende das “habilidades” e dos “talentos” para o uso alternativo de recursos.<sup>20</sup>

Segundo Oliveira e Dias, a ética da libertação de Dussel é baseada no contexto da globalização e no processo de exclusão de suas vítimas do sistema-mundo e no desenvolvimento da libertação da filosofia. Um dos principais pressupostos dessa filosofia é baseado na ideia de aceitar o outro como igual, sendo esta uma posição ética, ou seja, aceitar este argumento não se trata apenas de uma questão de verdade, mas principalmente da aceitação da pessoa do outro.<sup>21</sup>

Santos e Muraro, segundo a concepção de Marx, afirmam que o direito é o vínculo social que organiza a sociedade capitalista, o qual é indissociável do Estado Moderno. O indivíduo renasce como sujeito de direitos, sob a falácia da igualdade e da liberdade distribuída de forma equitativa na sociedade. O direito moderno inicia a era da igualdade formal, que não abrange, de fato, a desigualdade real.<sup>22</sup>

Neste aspecto, nota-se que a igualdade é baseada em conceitos e aspectos materiais, ou seja, a igualdade é interpretada como um princípio equitativo de bens, serviços e capitais. É neste sentido que surge a dialética da ética da libertação e do direito à igualdade, uma vez que a efetivação deste direito não compreende o princípio de dignidade e de bem-estar social, significa dizer que, o direito à igualdade e o bem-estar dos indivíduos é mensurado por meio de seus bens e capitais e não do aspecto do indivíduo enquanto ser humano.

### 3. BEM-ESTAR SOCIAL E LIBERDADE DE ESCOLHAS

Da mesma forma que o direito à igualdade, o bem-estar social dos indivíduos é interpretado como a quantidade de bens, serviços e capitais que uma pessoa é capaz de adquirir durante sua vida. Uma análise mais profunda do desenvolvimento econômico baseado no bem-estar das pessoas torna-se necessária, uma vez que a base da sociedade capitalista está se intensificado.

Sen define que o bem-estar social é composto pelo bem-estar individual. Para ele, o economista tem como função produzir uma definição operacional de bem-estar e sua associação.

---

<sup>19</sup> SANTOS, B. S. **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>20</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, I. A.; DIAS, A.S. **Ética da Libertação de Enrique Dussel: caminho de superação do irracionalismo moderno e da exclusão social**. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/1798/1129>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>22</sup> SANTOS, L. G.; MURARO, M. **Uma visão de Marx a partir da filosofia da libertação de Enrique Dussel**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=204da255aea2cd4a>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

Infere-se que na economia tradicional, o bem-estar de um indivíduo é avaliado pelo seu domínio sobre os bens e serviços, pressuposto que determina o quanto cada pessoa pode consumir.

A liberdade pode ser entendida pelo mesmo modelo, uma vez que a liberdade de cada indivíduo pode ser avaliada pela extensão do conjunto de oportunidades, por pacotes de bens e serviços. Quanto maior o poder aquisitivo, maior a liberdade individual. O bem-estar de um indivíduo está conectado com o domínio que exerce sobre os bens econômicos.

Existem circunstâncias individuais, tais como idade, talentos, deficiências e sexo; e circunstâncias sociais, como estrutura familiar, condições epidemiológicas e incidência de crimes; que podem variar e afetar substancialmente a conversão das características de bens e serviços, que garantem as oportunidades para realizar o que os indivíduos consideram valiosas.<sup>23</sup>

Santos e Muraro, segundo a teoria de Marx, afirmam que a realidade é que determina o ser, e não o contrário. Marx afirmava que a estrutura da sociedade é baseada pela sua forma de organização, ou seja, pelo modo de produção capitalista, a forma de produção e da distribuição de riqueza. Segundo esta teoria, não é possível investigar e conhecer uma forma de organização social sem analisar sua base econômica.

Os meios de produção determinam a direção de todos os resultados de produção e os que detém estes meios exercem o domínio sobre os meios de produção intelectual, submetendo os explorados à uma submissão intelectual, e não apenas material. O Estado está incluído nesta estrutura que resulta da produção, tendo como principal função garantir a manutenção da estrutura econômica, ou seja, o Estado Capitalista surge das relações de produção que se baseiam no capital e nas relações de domínio.<sup>24</sup>

Biagini e Peychaux ressaltam que a lógica do capitalismo, segundo Marx, amputa a realidade humana e suas variáveis qualitativas, o capitalista industrial pode comprar a força de trabalho e obter um benefício com objetivos materiais. O trabalhador ao receber a retribuição salarial, aliena-se e passa a fazer parte de um espectro produtivo, assim, o trabalho passa a ser interpretado como uma abstração homogeneizadora.

O primeiro ponto a ser levado em consideração é a distinção entre o “trabalho” e a “força de trabalho”. A forma “Elemental” do sistema capitalista é a “mercadoria”. O objetivo da do intercâmbio de mercadorias é abstrair de todos os objetos do mundo todas as suas condições particulares e reduzi-los a algo comum, que pode ser medido por todos. O valor do uso das mercadorias é prescindível, e a qualidade que permanece na mercadoria consiste em produtos do trabalho. Este coágulo de trabalho humano é entendido como a “força de trabalho”.<sup>25</sup>

Santos e Muraro afirmam que a manutenção do aspecto de produção capitalista depende de aparatos ideológicos e, desta forma, o Estado capitalista é formado por diversos aspectos ideologizados, os quais o próprio Estado necessita para se manter, uma vez que é assim que se justifica sua existência. É neste sentido que a organização do Estado representa a prática do poder social da classe dominante.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>24</sup> SANTOS, L. G.; MURARO, M. **Uma visão de Marx a partir da filosofia da libertação de Enrique Dussel**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=204da255aea2cd4a>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

<sup>25</sup> BIAGINI, H. E.; PEYCHAUX, D. F. **O neoliberalismo e a ética do mais forte**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

<sup>26</sup> SANTOS, L. G.; MURARO, M. **Uma visão de Marx a partir da filosofia da libertação de Enrique Dussel**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=204da255aea2cd4a>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

Biagini e Peychaux asseveram que o salário não pode ser interpretado apenas como a remuneração pela alienação da força de trabalho. Esse “rendimento” assume uma forma de capital. Este capital, do qual o trabalhador dispõe, corresponde há um conjunto de fatores individuais, intelectuais, físicos e psicológicos que permitem a obtenção de um salário.

É nesta perspectiva que o termo “capital humano” se torna compreensível, uma vez que o trabalhador não vende mais sua força de trabalho, mas tem como necessidade realizar considerações projetivas para investir em si mesmo. Deve-se levar em consideração as necessidades presentes e futuras, tendo em mente a “obsolescência da máquina”, ou seja, o trabalhador deve atuar como um capitalista, capaz de satisfazer suas necessidades próprias, as quais lhe produzem satisfação.<sup>27</sup>

Houtart ressalta que a multiplicidade de crises, enfatizadas nos últimos tempos, são presupostos da mesma lógica, ou seja, do desenvolvimento econômico que ignora os danos naturais e sociais, baseado na ideia de um planeta com recursos inesgotáveis, nas quais as relações são pautadas na desigualdade, no ganho de lucros e no aumento do capital. O referido modelo econômico proporcionou o desenvolvimento da riqueza mundial, a qual se baseia na destruição da natureza e na desigualdade social.

É necessário pensar em alternativas, entendidas como reflexões teóricas, que devem resultar na elaboração de políticas concretas a curto, médio e longo prazo, que sejam capazes de modificar paradigmas.<sup>28</sup>

Sen assinala que o aspecto de bem-estar de um indivíduo é de grande importância para a análise das desigualdades pessoais da apreciação das políticas públicas. O problema da injustiça e da desigualdade está fortemente interligado com a disparidades de bem-estar, incluída a liberdade que os indivíduos desfrutam para realizar o seu próprio bem-estar.<sup>29</sup>

#### 4. OUTRO DESENVOLVIMENTO - SERÁ POSSÍVEL?

O desenvolvimento econômico, conforme Ferrer, depende da capacidade de cada país em participar na criação e difusão de conhecimentos e tecnologias. O desenvolvimento econômico é um processo de formação da economia, na qual o principal fundamento é o acúmulo de capital. Esta acumulação depende da organização, integração e criatividade que cada país possui.

A globalização não modificou o desenvolvimento econômico, o qual é compreendido como um processo de construção dentro do espaço nacional. A globalização é um sistema na qual se organizam o comércio, os investimentos, as correntes financeiras, a movimentação de pessoas e circulação de informações, nos quais todos vinculam as diversas civilizações. É neste espaço que as potências dominantes estabelecem uma relação de dominação e articulam as regras do sistema global, os quais são apresentados como verdades universais.<sup>30</sup>

Para Houtart o paradigma do desenvolvimento humano, que é expressado pela modernidade, se trata de um progresso material e científico, baseado sobre um planeta inesgotável, à

<sup>27</sup> BIAGINI, H. E.; PEYCHAUX, D. F. **O neoliberalismo e a ética do mais forte**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

<sup>28</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011

<sup>29</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>30</sup> FERRER, A. **Desenvolvimento Econômico**. In: SIDEKUM, A.; WOLKMER, A. C.; RADAELLI, S. M. (Orgs.) **Enciclopédia Latino-Americana de Direitos Humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

disposição do ser humano, que pode usufruí-lo com mais liberdade dos bens e serviços. Este modelo de desenvolvimento está chegando ao seu colapso por meio de suas contradições sociais e ecológicas. Daí a grande necessidade de uma mudança radical, pois é só assim que se é possível assegurar a continuidade da vida no planeta, redefinindo os fundamentos da vida coletiva.<sup>31</sup>

Sen e Kliksberg asseveram que os avanços tecnológicos ocorridos no planeta são extraordinários e vertiginosos, no entanto, os dados relacionados às vidas das pessoas é preocupante, uma vez que, embora o planeta produza uma quantidade de alimento superior a quantidade de pessoas no mundo, milhares passam fome todos os dias. Muitas das pessoas passam sede e não têm condições básicas de saúde, o que implica em uma condição de vida miserável. Soma-se a isso a degradação do meio ambiente, na qual as mudanças climáticas causam o aumento de doenças e das desgraças naturais.<sup>32</sup>

Santos assinala que a insistência para novas alternativas não implica na aceitação do que já existe. Esta afirmação está pautada no fato de que a realidade não se reduz ao que existe, uma vez que a realidade é um campo de possibilidades, no qual cabem alternativas que foram marginalizadas. A função destes pensamentos emancipadores tem por objetivo delinear uma sociedade mais justa.<sup>33</sup>

Ao citar alternativas para um novo modelo econômico prevaiente pela globalização, em suas dimensões sociais, políticas e culturais, Houtart afirma que é imprescindível revisar diversos conceitos, dentre eles a relação com a natureza; a produção basilar da vida, em um sentido físico, cultural e espiritual; a organização coletiva da sociedade, em sua forma política e social; e a própria cultura.

Houtart acrescenta que a civilização moderna tem se esquecido que a natureza é a fonte de toda a vida, e que os seres humanos dependem dela para sua sobrevivência. Torna-se necessária uma redefinição da relação de exploração estabelecida com a terra, uma vez que as relações com a natureza não devem ser interpretadas como fonte das mercadorias, mas como fonte da vida, baseada numa atitude de respeito à sua capacidade de regeneração.

Esta mudança, é radical, uma vez que tem o intuito de criticar o caráter puramente utilitário, na qual, na visão do capitalismo, a destruição ecológica é entendida como um dano colateral inevitável, ou ainda pior, como um “fator externo” que não é considerado para a lógica da acumulação do capital.

Nesta luta contra o capitalismo globalizado, o qual conduz a humanidade e o planeta ao desastre, não há como utilizar apenas uma linguagem cultural, uma vez que é necessário reconhecer que há culturas diferentes e que estas também apresentam contribuições significativas e diversificadas. Este é o momento de aplicar o princípio da interculturalidade. A função de um bem comum para toda a humanidade baseado em um equilíbrio da natureza deve integrar o desenvolvimento econômico.<sup>34</sup>

Sen e Kliksberg afirmam que a disparidade existente entre as potencialidades do planeta e da vida, a qual é marcada pelas desigualdades e pela pobreza, dizem respeito à reduzida atenção

<sup>31</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

<sup>32</sup> SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>33</sup> SANTOS, B. S. **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>34</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

que os mais desfavorecidos recebem, bem como, representam a organização social. A crise mundial, que foi gerada por equívocos políticos e comportamentos empresariais, recaíram sob os mais fracos, o que agravou a desigualdade e a pobreza.<sup>35</sup>

Outro aspecto sugerido por Houtart é de que a economia deve privilegiar o valor de uso de um bem e não do seu valor de câmbio, ou seja, um bem ou serviço deve ter utilidade na vida do indivíduo. Privilegiar o valor de câmbio é uma característica do capitalismo atual, a qual prioriza a mercadoria como único “valor”, uma vez que se algum bem ou serviço não se transformar em mercadoria, esta não contribui para o aumento do capital.<sup>36</sup>

Sen afirma que a solução se inicia com a mudança da “variável focal”, a qual seria capaz de avaliar as características interpessoais e as vantagens individuais. Torna-se necessário avaliar quais os estados e ações que uma pessoa realiza ao viver, estas realizações são interpretadas como “funcionamentos”. Por exemplo, a bicicleta é uma mercadoria e possui características de transporte, sendo assim, uma pessoa pode ou não ter uma bicicleta, pode apenas estar perto de uma ou simplesmente achá-la bonita, ou ainda, pode fazer uso deste meio de transporte. Todas estas características são interpretadas pelo autor como “funcionamentos”. Os “funcionamentos” são interpretados como estados e ações que uma pessoa pode realizar mantendo algum modo de vida.<sup>37</sup>

Houtart também argumenta a perspectiva de que a democracia deve ser generalizada e aplicada ao setor político e econômico, o que implica na reestruturação do conceito de Estado e na reivindicação dos direitos humanos. O objetivo desta mudança está no equilíbrio estabelecido entre todas as dimensões da vida coletiva, reconhecendo a existência dos grupos marginalizados e rejeitados durante a história e implementando mecanismos de participação. Não obstante, torna-se necessário possibilitar que todas as culturas participem na contribuição do bem comum da humanidade, não restringindo esta característica apenas ao mundo ocidental.

O bem comum da humanidade é fruto de uma realização de quatro eixos fundamentais da vida coletiva. Tais como são definidos pelo capitalismo, estes eixos não são sustentáveis e não podem assegurar o bem comum da humanidade. Para a realização do bem comum, há a necessidade de uma mudança de paradigma, que permita a simbiose entre ser humano e natureza, o acesso a todos os bens e serviços e a participação dos indivíduos nos processos organizativos sociais e políticos, com a possibilidade de expressão da própria cultura.<sup>38</sup>

Santos sugere o desenvolvimento alternativo como proposta para a mudança do enfoque econômico. O desenvolvimento alternativo possui muitas perspectivas e todas compartilham do mesmo pressuposto, ou seja, o desenvolvimento alternativo é baseado na crítica da estrita racionalidade econômica que inspirou o desenvolvimento econômico das potências dominantes, a qual sugere a ideia de que a economia é uma esfera dominante e requer o sacrifício de bens e valores não econômicos, tais como valores sociais, políticos, culturais e naturais.

O desenvolvimento alternativo sublinha a necessidade de tratar a economia como parte integrante e dependente da sociedade, além de subordinar os valores não econômicos aos valores

---

<sup>35</sup> SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>36</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

<sup>37</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>38</sup> HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao ‘Bem Comum da Humanidade’**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

econômicos. O desenvolvimento econômico deve ser concebido de forma que proporcione melhores condições de vida para a população e para os setores marginalizados, e não o contrário.<sup>39</sup>

Sen e Kliksberg aduzem que o capital social constituído pelos níveis de confiança, pela capacidade de associatividade, consciência cívica e valores éticos, têm relevância para o desenvolvimento econômico e para a democracia. A cultura pode produzir um impacto positivo para esta mudança, além de ser o substrato de um dos capitais mais importantes da sociedade, o ser humano.

São identificados quatro tipos de capital: o natural, se constitui pela dotação de recursos naturais; o capital construído pela sociedade, tais como a infraestrutura, a tecnologia, o capital financeiro, entre outros; o capital humano, que significa a saúde e a educação da população; e por fim, o capital social.<sup>40</sup>

Sen afirma que na chamada “economia de desenvolvimento” a preocupação predominante é a determinação dos meios para o crescimento da renda. O principal pressuposto trata-se de uma relação proporcional entre renda, consumo e satisfação. A promoção do bem-estar, que é o que se busca com o desenvolvimento econômico, não pode ser confundida com a maximização de uma medida utilitarista da satisfação humana. Contudo, Sen questiona: *onde está o valor da vida humana?*

Sen traz uma ideia fundamental para a vida de qualquer pessoa, na qual certas coisas são valiosas por si mesmas, por exemplo, estar livre de doenças, escapar da morte prematura, estar bem alimentado. Estes funcionamentos são mais importantes que outros, uma vez que para se ter uma vida digna, estes funcionamentos devem se realizar, ou seja, estar bem alimentado é mais importante do que ter alguma satisfação gustativa refinada. Estes funcionamentos básicos devem ser iguais com urgência.<sup>41</sup>

Sen e Kliksberg reafirmam que o que acontece no campo da cultura, interfere de forma significativa nas ações políticas. Houtart (2011) complementa que o objetivo da dimensão cultural não é exclusivo da cultura ocidental, que identifica-se como uma concepção de desenvolvimento que elimina ou marginaliza todas as outras. A todos deve ser oferecido saberes, culturas, filosofias e espiritualidades para a contribuição do bem comum da humanidade. Deve-se assim, descolonizar o imaginário.

Uma sociedade pode chegar à deterioração, à falta de discursos éticos e à degradação cultural, sociedade esta que somente acredita no homem voltado para a economia. O que de pior pode acontecer é a perda ou o enfraquecimento da capacidade de indignação, com as crianças e idosos que moram nas ruas e passam fome todos os dias.

Quando ética e economia atuam de forma articulada, a vida das pessoas tem importantes melhoras, este pensamento, no entanto, não é o convencional, porém é muito útil para que as pessoas possuam dignidade, e cujos direitos sejam atrelados ao desenvolvimento e ao objetivo final de qualquer economia.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> SANTOS, B. S. **Produzir para viver**: os caminhos da produção não capitalista. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

<sup>40</sup> SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>41</sup> SEN, A. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

<sup>42</sup> SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

## CONCLUSÃO

A Europa foi caracterizada como o centro do mundo e como o modelo de civilização e cultura. A sua periferia foi encarada como um povo sem cultura e costumes próprios. Tal visão mostra-se um tanto falaciosa, uma vez que os povos latino-americanos possuem uma cultura rica e diversificada. A violência causada por este desenvolvimento passou a ser ignorada pelos integrantes da sociedade, uma vez que estes só encontram sentido na produção.

A igualdade, o bem-estar e o bem comum da humanidade passaram a ser interpretados como a quantidade de bens, serviços e capitais que cada indivíduo adquire durante sua vida, ou seja, quanto mais bens e serviços esta pessoa adquirir, mais alto será o bem-estar dela e mais igualdade ela terá. Sob esta justificativa é que o ser humano empenhou a busca incessante pelo capital e pelo desenvolvimento econômico baseado no retorno pelo lucro.

Há a necessidade de um olhar libertador que seja capaz de conceber um desenvolvimento econômico valorizando as características intrínsecas do ser humano e da natureza, para assim efetivar o bem comum da humanidade.

Observados os pressupostos integrantes do direito à igualdade, do bem-estar social e do bem comum da humanidade, torna-se necessário elencar alternativas possíveis para salientar um desenvolvimento econômico baseado em dignidade, direitos e preservação da natureza, e não apenas em economia, lucros e capitais, fortalecendo a proposta da ética da libertação para outro desenvolvimento possível.

## REFERÊNCIAS

BIAGINI, H. E.; PEYCHAUX, D. F. **O neoliberalismo e a ética do mais forte**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Ediouro, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2000.

DUSSEL, E. **Ética da Libertação: Na idade da globalização e da exclusão**. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2012.

HOUTART, F. **Dos Bens Comuns ao 'Bem Comum da Humanidade'**. Bruxelas: Fundação Rosa Luxemburgo Bruxelas, 2011.

LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**. 6ª reimpressão. São Paulo: Editora Companhia Das Letras, 2006.

OLIVEIRA, H, M. **A filosofia da libertação como desmitologização a modernidade**. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo07.H.Mandotti.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

OLIVEIRA, I, A.; DIAS, A, S. **Ética da Libertação de Enrique Dussel: caminho de superação do irracionalismo moderno e da exclusão social**. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/1798/1129>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

ROCHA, E. P. G. **O que é etnocentrismo**. 5ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SANTOS, B. S. **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, L. G.; MURARO, M. **Uma visão de Marx a partir da filosofia da libertação de Enrique Dussel.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=204da255aea2cd4a>. Acesso em: 19 de julho de 2017.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 12ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEN, A. **Desigualdade reexaminada.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, A.; KLIKSBERG, B. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado.** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIDEKUM, A.; WOLKMER, A. C.; RADAELLI, S. M. (Orgs.) **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos.** Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

SUZE, P.; BRAMBILLA, B. B. **Subjetividade e ética na América Latina ou o cinismo e a potencialidade da práxis da libertação.** Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016.

Recebido em: 27 fev. 2019.

Aceito em: 28 jun. 2019.



# O INVERSO DA ANÁLISE DA CULPA: LEITURA DA TEORIA DO RISCO A PARTIR DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM EM MARIANA/MG

**Amanda Cambuí Pereira**

Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bahia.

*amandacambuip@gmail.com*

**Tagore Trajano de Almeida Silva**

Universidade Federal da Bahia (UFBA), Bahia.

*tagoretrajano@gmail.com*

**RESUMO:** O presente trabalho estuda a evolução da responsabilidade civil, calcada como contemporânea, e seus reflexos na teoria do risco integral, tendo como ponto de partida as legislações e princípios gerais do direito que desembocaram numa compreensão jurisprudencial moderna através de um estudo de caso. Na nova face da responsabilidade civil, optou-se, enquanto fios condutores, pelo estudo das obras de Alvino Lima, Nelson Rosenvald e Geneviève Viney. Nesse ínterim, o objetivo deste estudo foi o de verificar a possibilidade de delimitar a teoria do risco integral a partir da compreensão contemporânea do “direito de danos”, conforme expressão emplacada por Nelson Rosenvald, levantando a hipótese de que a função preventiva do Direito por ser pouco utilizada, não colabora para abrandar os riscos ambientais já existentes, que podem se concretizar em danos. A pesquisa, orientada pelo método dedutivo, mediante análise bibliográfica-documental, indicou que esta teoria possui bases antigas e consolidadas pela jurisprudência atual, mas padece de robustez técnica em determinados aspectos. Todavia, o arcabouço jurídico-teórico conferido pelos entendimentos atuais da responsabilidade civil pode ser viabilizado por meio da teoria do risco integral, aplicável, especialmente, aos danos praticados em face do meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil contemporânea. Teoria do risco integral. Rompimento de barragem.

*The inverse of the fault analysis: reading about the theory of risk from the dam failure at Mariana/MG*

**ABSTRACT:** The thesis studies the evolution of civil responsibility, called as contemporary, and its reflexes in theory of integral risk, starting with the corresponding legislations and corresponding general principles of law that have created a modern vision of the jurisprudence through a case study. In the new face of civil responsibility, it was decided to study the works written by Alvino Lima, Nelson Rosenvald and Geneviève Viney. In the meantime, the goal of this study was to verify the possibility of delimiting the theory of integral risk from the contemporary understanding of the civil responsibility, raising the hypothesis that the preventive function of the law, as it is not much used, doesn't help to mitigate the existing environmental risks, which can be materialized in damages. The research, guided by the deductive method, through bibliographic-documentary analysis, indicated that this theory has old bases and it was consolidated by the current jurisprudence, but suffers from technical consistency in certain aspects. However, the legal bases provided by the current understandings of civil responsibility can be made via the theory of integral risk, applicable, especially, to the damages practiced against the environment.

**KEYWORDS:** Civil liability. Theory of integral risk. Dam failure.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo foi realizado atento às modificações relacionadas à culpa, com base na célebre obra “Da culpa ao risco”, publicada em 1938, de Alvino Ferreira Lima. Averiguou-se a supressão do elemento subjetivo para implicar a responsabilidade de reparar ou compensar um dano a outrem.

Foi realizado um estudo de caso com o fito de analisar os eventos danosos ocorridos no referido município de Mariana, assim como as ações civis públicas que foram ajuizadas e os institutos jurídicos inerentes. Centralizaram-se as reflexões na responsabilidade objetiva com base na teoria do risco integral conforme delimitação pautada nas tendências contemporâneas da responsabilidade civil.

Através do método de pesquisa dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica-documental, busca-se contribuir com a transformação da responsabilidade civil, considerando os ditames da Constituição Federal de 1988. Em consonância a isto, almeja-se verificar o papel do sistema jurídico na tutela dos interesses metaindividuais.

Buscou-se compreender questões fundamentais relacionadas às funções reparatórias e precaucional, evidenciando a atuação do Judiciário brasileiro, assim como dos órgãos ministeriais e fiscalizatórios. Ademais, investigou-se o alcance da proteção jurídica conferida aos interesses metaindividuais, assim como a relevância destes para os interesses da sociedade civil.

Verificou-se a viabilidade em ampliar os limites de interpretação do direito privado no sentido de reformulá-lo com fulcro nas tendências contemporâneas. Além disso, pesquisou-se a relação entre os danos ambientais ocorridos no município de Mariana, Minas Gerais, e as tendências mencionadas e, de que forma estas incidem na práxis jurídica, de modo a evitar a repetição dos danos já ocorridos, além de compreender de que forma podem ser dirimidos os danos já constatados. Assim, esta pesquisa levantou a hipótese de que a função preventiva do Direito por ser pouco utilizada, não colabora para abrandar os riscos ambientais já existentes, que podem se concretizar em danos.

A pesquisa é realizada com o objetivo de contribuir com a transformação da responsabilidade civil, considerando os ditames da Constituição Federal de 1988 e a necessidade de humanização das relações privadas. Em consonância a isto, almeja verificar o papel do sistema jurídico brasileiro na tutela dos interesses metaindividuais. Em suma, quer-se um Direito que atue de modo ativo, ainda que imparcialmente (no caso de medidas adotadas pelo Poder Judiciário), e que colabore com a construção de um Estado Social.

Com o fito de que o ciclo de tragédias se encerre é preciso remodelar o Direito, a despeito do novo rompimento de barragem, ocorrido desta vez no município de Brumadinho, também no estado de Minas Gerais, o qual será alvo de análise futura mais detalhada, uma vez que ocorreu recentemente. Assim, indaga-se: de que forma é possível proteger o meio ambiente no cenário atual, permeado de complexidades?

## 1. ANÁLISE DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL

No decorrer da história humana, conforme asseverou Santos (2014, p. 23-24), os sistemas técnicos foram diminuindo e sendo unificados a nível mundial, seguindo o ritmo do capitalismo.

Os ordenamentos jurídicos não ficaram alheios a este movimento unificador, sobretudo, porque o direito é grandemente construído em reação às alterações construídas pela sociedade.

O Código Civil contém previsão acerca da responsabilidade aquiliana, expressa no artigo 186, que exige, imprescindivelmente, dolo ou culpa para configurar um ato ilícito. A *Lex Aquilia de Damno*, de Roma Antiga, criou suporte para esta teoria de danos extracontratual – sobretudo em seu capítulo intitulado como *damnum injuria datum*, o qual, em suas passagens, efetivou para o dono de determinada coisa o direito à reparação mediante a prova da culpa do lesante (mais tarde, foi proporcionado também aos possuidores diretos, indiretos e determinados detentores). (LIMA, 1938, p.12).

Este autor também aduziu que o prejuízo leva à vítima a buscar proteção jurídica. Desse modo, a responsabilidade do agente pode ser fixada considerando também a justificativa de sua conduta, não bastando o fato lesivo ao direito alheio quando se tratar de responsabilidade extracontratual sob a ótica da culpa.

O autor referido distinguiu a culpa *in abstracto* da culpa *in concreto*. Para aquela, observa-se a capacidade delitual do lesante, assim como sua imputabilidade moral. Para a última, leva-se em consideração o estado de consciência do agente, colocando-se no lugar deste. Por isto que para a primeira classificação de culpa, abstrai-se as diversas circunstâncias internas daquele que praticou o delito.

Contrariamente a esta construção jurídica, o Código Civil, no parágrafo único do artigo 927, consubstancia exceção ao dever de indenizar outrora consubstanciada no *caput*. Neste caso, gera-se a obrigação reparatória quando o mal perpetrado o for em virtude de atividade que implique riscos para direitos alheios.

O artigo 927, alude expressamente à “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” que implique “por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Em observância ao próprio decurso da história até que a responsabilidade privada alcançasse a supressão da análise da culpa, é possível aduzir que está relacionada à própria proteção das liberdades individuais, situação que foi se tornando mais complexa com o desenvolvimento das tecnologias.

Neste sentido, fala-se em direito de propriedade, de integridade física, de proteção ao direito de imagem e à moral, bem como o direito de autodeterminação dos homens, os quais são feixes jurídicos que figuram como relevantes e merecedores de cautela mais robusta. Por derradeiro, apoiando-se, inclusive, no princípio da razoabilidade, a norma contida no artigo 927 da codificação multicitada almeja proteger riscos elevados, atividades que por sua natureza manifestem alta possibilidade de danos, marcante, evidente, de forma limítrofe a uma situação de probabilidade.

O artigo 225, parágrafo terceiro, da Constituição Federal, por sua vez, estabeleceu que condutas e atividades que lesem o meio ambiente geram a obrigação de reparar os danos que foram perpetrados, além das sanções penais e administrativas atinentes. Assim, é primeiramente no âmbito constitucional que se cria um campo de proteção do meio ambiente, enquanto componente da ordem social. A despeito da relevância deste bem jurídico, há apenas o artigo 225 inserido no Capítulo VI da norma constitucional.

O *caput* deste dispositivo delimita o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. O Poder Público e a coletividade devem defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Ademais, a Lei nº 6.938, sancionada em 1981, recepcionada pelo ordenamento constitucional,

no artigo 14, parágrafo primeiro, dispôs sobre a responsabilidade objetiva para reparar e indenizar danos causados ao meio ambiente, assim como a terceiros, em virtude de atividades de determinado poluidor.

A tutela ambiental, da forma que está inserida na legislação, detém fundamentos ético-filosóficos. Alcançou o patamar atual com a influência do cristianismo, a qual ensejou a visão antropológica da ecologia na jurisprudência brasileira. Este ramo do saber foi desenvolvido pelo direito canônico excluindo a interação entre meio ambiente e ser humano. (DESTEFFENI, 2005, p. 22-27).

A ecologia, ou o estudo da casa, partindo de sua etimologia, que impulsiona o ser humano a preservar a natureza, pode ser compreendida em vertente mais complexa e estimular que seja preservada a integridade da biosfera a despeito de qualquer benefício antropocêntrico. Determinada espécie ou ecossistema podem ser compreendidos como entidades em si, que contemplam interesses individuais. Desta forma, consoante a ética proposta por Peter Singer, o valor da preservação daquilo que resta de espaços naturais. (LEÃO; MAIA, 2010, p. 110-111).

No esteio da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, verifica-se o objetivo do ordenamento jurídico em preservar, aprimorar, bem como em recuperar, em última instância, a vida, mediante a manutenção da qualidade do meio ambiente (conforme se denota do artigo 2º). O artigo 4º desta legislação expõe, especificamente, os propósitos da política nacional, consistentes em compatibilizar o desenvolvimento da economia e da sociedade, de forma sincrônica, com o aspecto qualitativo do meio ambiente, almejando um estado de equilíbrio (no esteio do inciso I).

Informa, ademais, que (consoante inciso VI) os recursos ambientais devem ser utilizados racionalmente para serem preservados e restaurados, estando disponíveis permanentemente. Rememora-se o artigo 225 da Constituição Federal, que determina a imperiosidade de perpetuar o meio ambiente harmonioso para as gerações presentes, além daquelas que estão por vir. Este artigo constitucional cria bases para a responsabilidade objetiva pautada em risco, no parágrafo terceiro, ao determinar que as condutas e atividades que lesem o meio ambiente geram, para os infratores, sanções penais, administrativas, além das demandas cíveis com o fito de reparar os danos consubstanciados.

Como mecanismo para efetivar a Política Nacional do Meio Ambiente prevê-se a responsabilidade independente de dolo ou culpa para o indivíduo que desestabilizar o equilíbrio antes existente no espaço ambiental. Degradá-lo provoca a responsabilidade abarcada pelo parágrafo primeiro do artigo 14. Restou estabelecido o dever de indenizar, assim como o de reparar, sendo suficiente a prova do dano e do nexo de causalidade.

O pensamento atinente à responsabilidade objetiva, com base na Teoria do Risco Integral, demanda a lição formulada por Lima (1938). Como se sabe, as invenções modernas geraram perigos e, por conseguinte, diversos acidentes, como também a impossibilidade em provar a culpa daquele que praticou o ato ilícito tornou-se crescente. O autor compreendeu que o Direito deveria se posicionar enquanto ciência que nasceu da vida e foi criada para discipliná-la, devendo, portanto, resguardar tais situações. (Ibid., p. 16).

Consoante as lições de deste autor, há defensores e críticos da teoria do risco. Acerca daqueles que têm posicionamento contrário, constatou duas vertentes argumentativas conforme os ensinamentos de Pierre Savatier: na primeira, afirmam que é possível configurar a obrigação de reparar sem que tenha havido culpa. Todavia, caracteriza-se como garantia, e não como responsabilidade. O douto jurista assevera que este argumento trata, tão somente, de uma querela acerca da definição do regime jurídico; de qualquer forma, aduz-se sobre um acordo em que há

o dever de reparar o prejuízo. A segunda corrente nega a obrigação de reparar o dano sem culpa, a não ser que haja previsão legal ou contratual.

Observa-se, nesse ínterim, a importância em verificar a possibilidade de reprimir o meio ambiente ao *status quo ante* (ROSENVALD, 2017, p.103). A compensação deve ser pautada, sobretudo, em caráter complementar, conforme liames da reparação integral.

O artigo 225, parágrafo terceiro da Constituição Federal, informa que os sujeitos infratores podem condizer a pessoas físicas ou jurídicas. Neste sentido, a fim de ampliar o resguardo aos interesses ambientais, firmados no texto constitucional, os tribunais, no que tange aos direitos das relações de consumo, assim como aos ambientais, aplicam a desconsideração da personalidade jurídica com base na denominada Teoria Menor. Para danos cometidos em face de direitos consubstanciados e firmados pela Lei nº 8.078/90, aplica-se o artigo 28, parágrafo quinto, desta codificação. Para as lesões ambientais, aplica-se a Lei nº 9.605/98, dispondo, especificamente, sobre crimes infrações administrativas, bem como cooperação internacional com o mote de preservar o meio ambiente.

A 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul compreendeu neste sentido quando julgou o agravo de instrumento nº 70063254916 em procedimento de execução, sendo o recurso provido de plano. Aplicou o artigo 4º da Lei nº 9.605, de 1998, que menciona ser possível desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica sempre que for identificada como obstáculo ao ressarcimento dos danos praticados em face do meio ambiente. Como pano de fundo, restam presentes os princípios do poluidor-pagador e da reparação integral. (KOHLER, 2012, p. 133).

Avulta-se a teoria do risco integral em concordância à jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça. Em julgamento do Recurso Especial nº 1.374.342/MG, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, evidenciou-se o posicionamento de que é esta a teoria aplicada aos casos que tragam ao crivo do órgão superior danos ambientais. Concluiu-se que conseqüências prejudiciais às pessoas, assim como ao meio ambiente geram a responsabilidade objetiva.

Nesta senda, a teoria lastreia três proposições: a primeira, inerente à teoria objetiva do “direito de danos”, segundo assevera Guimarães (2004, p. 95), e que consiste em se concretizar como prescindível o exame da culpa; após, verifica-se ser irrelevante apurar a licitude da atividade que produziu o prejuízo ambiental, isto é, a regularidade da licença perante o órgão de ambiental competente não afasta a responsabilidade civil; e, a ausência de aplicação das causas excludentes de responsabilidade civil, afastando-se, portanto, o caso fortuito ou força maior. (MILARÉ, 2005, p. 834).

Além desta compreensão de Édis Milaré, o autor Marcos Desteffeni aduz que a responsabilidade por dano ambiental é objetiva. Portanto, analisa-se o nexo de causalidade entre a conduta e a lesão perpetrada; em outras palavras, para se afastar a responsabilidade objetiva, deve-se afastar o nexo causal. (DESTEFFENI, 2005, p. 163).

Em sentido oposto, parte da doutrina brasileira admite a existência destas excludentes, posicionamento adotado Paulo Bessa Antunes, que entende pela ausência de base legal para afastar o caso fortuito e a força maior. Asseverou que a inadmissão das excludentes pela jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça conota que foi internalizada, às decisões, “visão pessimista em relação ao futuro”. Compreendeu que banir as causas supramencionadas corresponde a adotar perspectiva punitiva em relação ao causador do dano. (ANTUNES, 2016, p. 107).

No que tange à responsabilidade do Estado por conduta omissiva que tenha lesado o meio ambiente, constata-se que os tribunais vêm aplicando a teoria subjetiva. Este, esmiuçado em

União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para ser condenado dependerá de ter sido configurado o elemento subjetivo em relação à omissão.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.417.023/PR, interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), compreendeu que foi caracterizada a omissão do órgão no que tange ao dever de fiscalização. O IBAMA, todavia, compreendeu que deveria ter incidido o artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81. No julgamento, consta que o órgão ambiental concorreu para a ocorrência da degradação ambiental de forma omissiva em relação ao dever de fiscalizar a área de reserva legal e preservação permanente, ferindo mandamento constitucional.

Em suma, passou-se a compreender que o risco tem de ser suportado por aquele que o originou. Louis Josserand asseverou que era significativo abandonar a visão subjetiva da responsabilidade para compreendê-la objetivamente, trocando a noção de culpa pelo entendimento do risco. (JOSSERAND, vol. LXXXVI. p. 556).

O sistema integral de compensação de danos permite que sejam transferidas, da vítima ao responsável, “todas as conseqüências suportadas”, concretizando reparação, além de integral, “mais rápida, justa e incondicionada”. (ROSENVALD, 2017, p. 129). Benjamim (1998, p. 123) assevera que, além de serem afastadas as excludentes de ilicitude, o evento ocorrido “no curso ou em razão de atividade potencialmente degradadora” cria, para o responsável, o dever de reparar os eventuais danos que foram causados.

## **2. FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL COM BASE NA SOCIEDADE DE RISCOS**

O risco, após o período de Revolução Industrial, no século XVIII, começou a ser estudado por sociólogos, economistas, filósofos, como também juristas. Para Maria Alice Costa Hofmeister não é possível fugir do risco, uma vez que diz respeito ao tempo futuro (HOFMEISTER, 2000, p. 37). E, logo, a diversos campos da sociedade, sendo, por isto, estudado por variados domínios do conhecimento.

Ter-se criado máquinas, técnicas de produção em larga escala industrial, criou dificuldade probatória ampla para as vítimas de acidente, sobretudo trabalhadores. Raymond Saleilles e Louis Josserand concluíram que o empreendedor – em virtude dos lucros e vantagens obtidos – deveria suportar todos os encargos oriundos de sua atividade econômica (HENKES, 2009, op. 54). Por isto, engendraram a Teoria do Risco da Atividade.

O risco, consoante expôs Hofmeister, com apoio no pensamento de Raffaele di Giorgi, não se confunde com perigo, pois é imputado a uma decisão. Exemplificou que duas pessoas, numa mesma situação, podem estar expostas ao risco e ao perigo; respectivamente, para o que conduz um veículo temerariamente e para aquele que observou as normas de trânsito correspondentes às circunstâncias em que se encontra inserido. Desta forma, o perigo diz respeito a danos possíveis não relacionados com determinada escolha. (HOFMEISTER, 2000, p. 37-38).

Proseguiu aduzindo que existe o risco que depende do comportamento individual (no esteio do exemplo do acidente de trânsito), da empresa e da coletividade, que ao ser modificado, pode afastar a previsibilidade do dano. O sujeito comporta-se como elemento central de quaisquer ações no mundo. (ROBALINHO, 2014, p. 54). De outro lado, há o risco maior, de modo que há a possibilidade de serem tomadas medidas, com mote preventivo, cabíveis evidentemente ao ente público. (Ibid, p. 43-44).

Robalinho (2014), com viés do sociólogo alemão Ulrich Beck, aduz que o futuro está em patamar sublime em face do passado. Informa que a modernidade passa por processo de ruptura histórico, configurando-a como sociedade industrial de riscos; os bens criados nesta época são dominados pela produção de riscos. Asseverou que os estudos efetivados por Beck orientam a compreensão acerca da necessidade do ser humano de controlar a realidade “frente às inseguranças com as quais a sociedade diariamente se defronta”, assim como em face da impossibilidade de se controlar amplamente as circunstâncias fáticas. Italo Calvino, conforme salientou Rosenthal, ratifica esta ideia, pontuando que os meios de controle e de conhecimento são renovados à medida em que se desenvolvem dificuldades à vivência humana. (ROBALINHO, 2014, p. 53-55).

A centralidade individual envolvida pela criação de riscos, remete ao indágamento realizado por Nelson Rosenthal: “qual mundo tomaremos a responsabilidade de deixar para os nossos filhos?”. O estudioso prosseguiu aduzindo que não se trata apenas de questionamento com viés ambiental conforme conota-se precisamente da Constituição Federal, no artigo 225, em sua completude. Este posicionamento liga-se ao princípio da prevenção, elencado como cerne da responsabilidade civil contemporânea. (Ibid. p. 32).

É corriqueiro escutar ou proferir que “é melhor prevenir, do que remediar”, isto é, reparar – função remota da responsabilidade civil que tem como superfície a prevenção *lato sensu* (ao inibir reflexamente o ofensor a causar prejuízos similares). Para Nelson Rosenthal, “na função reparatória, a indenização é acrescida a uma “prevenção de danos”; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma “prevenção de ilícitos””, e, por fim, a função precaucional acresce-se da prevenção dos riscos. Em face das exigências econômicas e sociais, reparar os danos, mote da teoria do risco, deve se aliar à prevenção dos ilícitos, conforme o estatuto jurídico da pena civil. (Id. Ibid. p. 33-34)

Conforme assinalou Gordilho (2009, p. 61-62), estes danos podem ser ilimitados, globais, como também irreparáveis. Assim, implementar políticas públicas ambientais é um caminho para efetivar a função preventiva. Entretanto, como salienta Silva; Gordilho; Braz (2017, p. 873-874), há um déficit oriundo da ausência de instrumentos necessários no âmbito dos órgãos estatais, dificuldades político-administrativas, como também “interesses econômicos de grupos poderosos que acabam prevalecendo”. É possível que a participação popular colabore para implementar as normas ambientais ao lado desta atuação estatal. (Ibid., p. 873-874). Gomes e Carvalho (2018, p. 15) reconhecem que é necessário o “comprometimento dos órgãos públicos na busca por uma educação ambiental realmente eficaz”.

## 2.1. Do princípio da precaução aos danos ambientais

Adotado pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, o princípio da precaução possui as primeiras referências sedimentadas nos anos oitenta com o fito de proteger a camada de ozônio. (HAMMERSCHMIDT, 2002, p. 107).

Por esta razão, sinaliza as mudanças filosóficas e sociológicas que ocorreram neste final de século. (Ibid., p. 109). O item 15 deste instrumento informa que o princípio da precaução deve ser observado pelos Estados de maneira ampla conforme as suas capacidades internas. Havendo ameaça de danos sérios ou irreversíveis, não poderá ser alegada a ausência de absoluta certeza científica com o fito de postergar medidas tidas como eficazes, bem como aquelas que sejam economicamente viáveis a prevenir lesões ambientais.

No esteio das palavras de Hammerschmidt (2002), o princípio da precaução comporta-se como norma que estrutura o Estado de Direito Ambiental. Trata-se de um raciocínio pautado na ética da decisão que é necessária para coibir degradações ambientais em um contexto de incertezas. (Ibid. p, 109).

Neste sentido, foi interposto agravo regimental em suspensão de liminar e de sentença nº 1.429/GO, pela Câmara Municipal de Novas Caldas, perante o Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de suspender a decisão judicial que proibiu que fossem instalados novos empreendimentos imobiliários no município de Novas Caldas. Alegou-se que a decisão que inibe o município a permitir a instalação de novos empreendimentos fere a ordem e economia públicas.

Contudo, no voto do Ministro Ari Pargendler, consta que se configurava como imperioso ampliar a rede de esgotos ou, mesmo, construir uma nova rede para viabilizar as instalações. Na ementa, expôs-se que, nas matérias atinentes ao meio ambiente, aplica-se o princípio da precaução em virtude de se ter constatado a potencialidade em causar danos graves ao meio ambiente e à saúde da população.

É neste contexto que Hammerschmidt (2002) informa acerca dos dois pressupostos que lastreiam o princípio multicitado. Versam sobre a possibilidade de que as condutas praticadas pelos indivíduos provoquem danos coletivos associados, inclusive, a situações calamitosas. E, ainda, corresponde à desnecessidade de evidência científica (isto é, de que haja certeza) sobre o dano. Basta que seja temido, suspeitado. Trata-se de princípio que envolve dúvida, pois o risco não é delimitável. (Ibid, p. 109).

Boff (2004, p. 14-17), constatando que a Terra está doente, assevera que para compreender as relações ecológicas é necessário vislumbrar as interconexões com outros saberes, pois não há como ser conceituada em si mesma.

Proseguiu aduzindo que a natureza não é um sistema mecânico plenamente controlável pelo ser humano, no escólio de Fendstadt (HAMMERSCHMIDT, 2002, p. 110). Por isto, os riscos devem ser percebidos em associação aos interesses sociais coletivos (como meio ambiente, saúde pública), que estão defrontes às pressões dos interesses econômicos – a exemplo da livre circulação de mercadoria, produção de riquezas e jogos de concorrência. (Ibid., p. 109).

Em suma, consoante aduziu Álvaro Luiz Valery Mirra, trata-se de princípio geral do Direito Ambiental e que integra o ordenamento jurídico brasileiro. Denota-se que impõe prudência e vigilância no que tange às condutas e às atividades que são potencialmente lesivas ao meio ambiente, não sendo possível firmar situação de tolerância para tais situações. Os juízes, por esta razão, podem decidir com base em probabilidades fundadas em riscos sérios para impedir, cessar ou mitigar danos ao meio ambiente. Devem abster-se da necessidade de certezas para apurar as lesividades indicadas nos casos concretos. (MIRRA, 2001, p.11).

Nesse sentido, Rosendal (2017, p. 120) alegou que se tratam de riscos que no momento em que surgem comportam-se como representações de destruições. A consciência do risco não está centrada no presente. Está vislumbrada para o futuro. O passado não tem mais força dominante em relação ao tempo vigente. As condutas exercidas o são para evitar problemas ou crises “do amanhã”, isto é, com o fito de ter atitudes de precaução em relação ao tempo que está por vir.

Desta forma, com o objetivo de “enfrentar riscos e ameaças iminentes, de forma a antecipar certa carga de segurança social, o direito se acautela lançando mão dos princípios da prevenção e da precaução”. Nesse sentido, dilui-se o nexo de causalidade entre o evento com potencialidade lesiva e o dano de modo a antecipar a prevenção a um âmbito temporal que é anterior à possibilidade de que ocorra qualquer lesão. (Ibid., 120-121).

A prevenção e a precaução foram erigidas como funções da responsabilidade civil por danos ambientais e baseiam o princípio do poluidor-pagador. Este orienta o ressarcimento do dano por quem dele houver sido beneficiado (ou a compensação, no caso dos danos morais), segundo Gomes (2016, p. 76). O poluidor tem o dever de arcar com as despesas oriundas da reparação, assim como da prevenção das atividades poluidoras.

Consequentemente, consoante asseverou Krell (1998, p. 35), a densidade de responsabilidade é maior para o agente economicamente mais forte; assim, leva-se em consideração a capacidade individual do agente poluidor. O autor sugere a possibilidade de a poluição do meio ambiente concretizar-se como hipótese de incidência para cobrança de impostos ou taxas do particular. (Ibid. 36-37).

O poluidor integra os custos ambientais e configura-se como primeiro pagador, seguindo os dizeres Annelise Steigleder. (STEIGLEDER, 2002, p. 265). Desse modo, estas funções são relevantes ao passo em que, constatou-se, conforme estudos elencados por José Rubens Morato Leite e Melissa Ely Melo, que há “*déficit* de execução no sistema de controle e comando público ambiental”. (LEITE, 2007, p. 209).

### 3. ANÁLISE DOS FATOS DANOSOS OCORRIDOS EM MARIANA/MG

A mineração é uma atividade importante desenvolvida no estado de Minas Gerais, a qual, todavia, produz impactos negativos sobre o meio ambiente. “Desastre ambiental” foi à expressão sucinta que marcou o rompimento da barragem de Fundão em novembro no ano de 2015. Sua estrutura foi construída em 2007, próximo à cidade de Mariana, pela empresa denominada como Samarco Mineração S.A., junto às acionistas Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. (ALVES; SILVA, 2016, p. 227).

Assim como as demais barragens de rejeitos de mineração (SOARES, 2010, p. 832) foi criada para armazenar resíduos sólidos e a água resultantes dos processos de beneficiamento do minério, uma vez que os rejeitos contêm elevado grau de toxicidade – os quais são prejudiciais ao meio ambiente e à saúde humana<sup>1</sup>. Conforme passagens da Normas Reguladoras de Mineração (NRM) – constantes na Portaria nº 12, publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 29 de janeiro de 2002 e na Portaria nº 237, publicada no DOU de 19 de outubro de 2001 –, o processo de tratamento ou beneficiamento de minérios tem o objetivo de prepará-los granulometricamente, conservá-los ou purificá-los, empregando-se métodos químicos ou físicos, de modo que a constituição química dos minerais não deve ser alterada.

Lindolfo Soares asseverou que as “atividades relacionadas à produção mineral geram um volume significativo de massa do minério que é rejeitada nos processos de lavra e beneficiamento”.

A crescente demanda mundial por bens minerais, aliada ao desenvolvimento econômico e tecnológico, condiciona, de forma sustentável e economicamente viável, o aproveitamento de minérios de baixo teor ou mesmo aqueles de difícil beneficiamento. Esta situação conduz a um aumento expressivo na quantidade de rejeitos produzidos, superando, em muito, aquela advinda dos próprios minérios. (SOARES, 2010, p. 832).

Dispondo acerca do beneficiamento, em sua seção nº 18, a NRM determina que o projeto correspondente deve “otimizar o processo para obter o máximo aproveitamento do minério e dos

<sup>1</sup> Documentos sobre o desastre do Rio Doce. Disponível em: [http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao\\_inicial\\_agu\\_es\\_mg\\_samarco.pdf](http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/confira-documentos-sobre-o-desastre-do-rio-doce/acao_inicial_agu_es_mg_samarco.pdf). Acesso em: 20 nov. 2017.

insumos, observadas as condições de economicidade e de mercado”. Ademais, deve “desenvolver a atividade com a observância dos aspectos de segurança, saúde ocupacional e proteção ao meio ambiente”.

Acerca da proteção ao meio ambiente, à saúde, bem como à integridade física do trabalhador, a portaria determina que “devem ser adotadas as medidas de proteção coletiva e, quando não for possível tecnicamente, fornecer Equipamentos de Proteção Individual – EPI” conforme a legislação vigente à época dos fatos, em virtude “de agentes químicos, físicos e biológicos” que possam afetar tais direitos regulados pelo ordenamento jurídico.

O rompimento da barragem de Fundão, no complexo minerário de Germano, próximo ao subdistrito de Bento Rodrigues (localizado no município de Mariana em Minas Gerais), desencadeou o deslocamento dos rejeitos para outra barragem componente do complexo, denominada Santarém. A lama criada atingiu a Bacia Hidrográfica Rio Doce e, por conseguinte, 41 municípios da unidade federativa supracitada, bem como do Estado do Espírito Santo.

Conforme relatório elaborado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, após fiscalização que durou cinco meses, constatou-se que treze trabalhadores, contratados pela Samarco Mineração S.A., faleceram em virtude do rompimento da barragem. Residentes do município de Bento Rodrigues também foram a óbito; ao final, conforme o documento, dezoito pessoas faleceram.

### **3.1. Da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal**

Onze dias após os fatos danosos, em novembro de 2015, foram celebrados dois termos de ajustamento de conduta. Um deles, o Termo de Compromisso Socioambiental (TCSA), preliminar e emergencial - visto que as externalidades ambientais eram desconhecidas em sua integralidade e havia necessidade de minimizar os danos – foi firmado entre o MPF, o MPT, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo e a empresa proprietária.

O Ministério Público Federal e as empresas Samarco Mineração S.A, Vale S.A. e BHP Billiton Brasil Ltda. celebraram acordo preliminar que foi homologado em parte pela 12ª Vara da Justiça Federal de Minas Gerais. As empresas comprometeram-se a garantir o cumprimento das obrigações firmadas para viabilizar os Programas de Reparação Socioambiental e Socioeconômica, no valor, portanto, R\$ 2,2 bilhões. Em caso de descumprimento, ressaltou-se a possibilidade de execução das garantias, compostas em aplicações financeiras, seguro-garantia e bens livres de quaisquer ônus.

Foi concretizada a “Força Tarefa Rio Doce” com o mote de reparar os danos sociais, ambientais e econômicos provocados pelo rompimento da barragem de Fundão. Para tanto, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República nos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, ingressou com ação civil pública em face das empresas Samarco Mineração S.A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda. (estas duas últimas configurando-se enquanto sócias controladoras), e, também contra a União, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo.

Enquanto causadores diretos do dano ambiental, foi elencada a empresa mineradora, Samarco S.A, operadora da Barragem de Fundão. E, a Vale S.A., por despejar rejeitos da atividade desenvolvida na Mina de Alegria. Indiretamente, em virtude de desconsideração da personalidade jurídica, listou-se Vale S.A. e BHP Billiton Ltda., visto que eram sócias controladoras da Samarco. A desconsideração da empresa operadora da barragem foi tida como plausível para alcançar os patrimônios das sócias controladoras, com base no artigo 4º, da Lei nº 9.605/98.

Compreendeu-se que as falhas não foram apenas dos particulares. Por esta razão, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, assim como a União, foram suscitados como responsáveis indiretos pelas condutas omissivas. Verificou-se a “ausência de efetivo exercício do poder de polícia” e a “emissão da licença ambiental que autorizou o exercício da operação da barragem” (fl. 110).

Em soma, os entes públicos com competência ambiental (IBAMA, DNPM, SEMAD, IEF, IGAM e FEAM)<sup>2</sup>. Para estes, firmam-se dois tipos de responsabilidade: retrospectiva – consistente em evitar a ocorrência de danos ambientais – e, a prospectiva, uma vez que ocorrido dano, devem ser adotadas todas as medidas que mitiguem, recuperem e compensem o dano ambiental.

Salientou-se o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado com base no artigo 225 da Constituição Federal (fl. 110). Ademais, evidenciou-se o princípio da indisponibilidade do interesse público ambiental, bem como o princípio do poluidor-pagador. Ainda, os princípios da prevenção e da precaução em conjunto ao princípio da reparação integral em razão de degradação provocada em face do meio ambiente. Ressaltou-se a existência de dano moral coletivo, visto que “valores imateriais da coletividade foram frontalmente atingidos” (fl. 134).

Propôs-se indenização com fito pedagógico, assim como em virtude do tempo decorrido entre o dano e a recuperação ou mesmo a compensação ambiental – configurando-se em lucro cessante. Compreendeu-se, ademais, que a responsabilidade civil configurou-se como objetiva, solidária e integral entre os causadores dos danos socioambientais e socioeconômicos.

Formulou-se pretensão jurídica acerca da proteção da ictiofauna da bacia hidrográfica do rio doce, bem como da região marinha impactada e dos consumidores de pescado. Entendeu-se pela proibição da pesca e também por medidas de vigilância sanitária visto que foram verificados indícios de contaminação da ictiofauna e da proibição da pesca.

A análise da “fração total na água (incluindo MPS) indicou um significativo aumento das concentrações de Alumínio (Al), Ferro (Fe), Manganês (Mn) e Cromo (Cr), sendo que o aumento chegou a vinte vezes para Ferro e cerca de seis vezes para Alumínio” (fl. 192). Esta situação fere o direito à saúde – direito fundamental de todos os cidadãos com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Propôs-se medidas de vigilância sanitária a serem implementadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), na forma prevista na Lei 8.080/90. A Política Nacional do Saneamento Básico também foi ferida consoante dispositivos da Lei n. 11.445/2007.

Vislumbrando a relevância do Código Florestal, a Lei n. 12.651/2012, foi pedida a condenação dos réus a “recompôr as nascentes que sofreram danos em razão do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, e a efetuarem, como medida compensatória, a recomposição de outras nascentes ao longo da Bacia Hidrográfica do Rio Doce” (fl. 204). A Lei n. 11.428/2006 dispõe sobre a proteção da vegetação nativa da Mata Atlântica (tida como patrimônio nacional), que também foi afetada, “devendo a área total ser indicada no plano de recuperação ambiental, de forma proporcional ao dano causado” (fl. 206).

---

<sup>2</sup> Respectivamente, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Departamento Nacional de Produção Mineral, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual de Florestas, Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Fundação Estadual do Meio Ambiente.

### 3.2. Do precedente judicial ocorrido na região

Com o mote de demonstrar a atuação dos tribunais em casos similares ao ocorrido no município de Mariana, em Minas Gerais, efetiva-se comentário à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio de julgado do Recurso Especial nº 1.374.342. Trata-se de demanda individual proposta em face de Mineração Rio Pomba Cataguases, operadora de mineração de bauxita, para reparar por danos materiais e extrapatrimoniais.

Aludiu-se que em janeiro de 2007, em Miraf (cidade localizada no estado de Minas Gerais), ocorreu vazamento de resíduos tóxicos, com lama contendo bauxita, o que foi equivalente a bilhões de litros em virtude do rompimento da barragem. Os postulantes, moradores às margens do Rio Muriaé, sofreram danos em suas residências em virtude dos desdobramentos do evento danoso.

O voto do Ministro Luis Felipe Salomão evidenciou que a contenção dos rejeitos sólidos provenientes da atividade de mineração de bauxita era de responsabilidade da Mineração Rio Pomba Cataguases. E, que o evento danoso, consistente no rompimento da barragem de rejeitos, atingiu moradores das cidades de Miraf e de Muriaé.

A mineradora, que interpôs o recurso especial, alegou que a parte autora não demonstrou a existência de nexo causal entre o rompimento da barragem e os supostos danos. Aduziu que o município de Muriaé, no qual residia a postulante, foi atingido por muitas enchentes no mês de janeiro de 2007 – período em que ocorreu o rompimento da barragem operada pela empresa acima referida.

O entendimento da jurisdição de 1º e 2º graus, todavia, foi no sentido de que o nexo causal foi concretizado uma vez que armazenava resíduos oriundos da atividade mineradora e o vazamento dos rejeitos que inundaram cidades próximas. Demonstraram, desta forma, o liame entre a conduta e o dano perpetrado em face da população das cidades de Miraf e Muriaé.

Em primeiro grau, o magistrado afirmou que se trata de atividade tipicamente de risco, uma vez que existiam, em depósito, milhões de litros de rejeitos, que poderiam gerar prejuízo a outras pessoas – o que foi concretizado. Destacou que a operadora celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com os Ministérios Públicos Federal e Estadual, no qual reconheceu a culpa do evento (que, conforme o exposto, sequer tem sua análise exigida), além de ter se comprometido a reparar todos os prejuízos morais ou materiais oriundos do vazamento de rejeitos tóxicos.

O magistrado de piso frisou que o laudo realizado pelo órgão ministerial do estado de Minas Gerais concluiu que a vida útil da barragem em questão finalizava em dezembro de 2005. E, o evento danoso ocorreu dois anos após.

Elencou o artigo 334, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, o qual determina que não dependem de prova os fatos que sejam notórios. Isto é, o rompimento da barragem, por si só, ocasionou o transbordamento das águas do rio Muriaé. Ademais, evidenciou que a cor da água do rio foi alterada por ocasião da lama que o atingiu e que direcionou-se às ruas das cidades; e que a lama assoreou o leito do rio, de modo que toda chuva ocorrida posteriormente ao rompimento iria inundar as casas dos postulantes.

No acórdão recorrido, ressaltou-se que o nexo de causalidade decorre de fato público e notório, sendo divulgado de forma ampla pela mídia nacional e estrangeira. A ausência de aplicação de excludentes de responsabilidade afasta análise acerca do volume das chuvas, assim como da vazão do rio.

No voto em questão, evidenciou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do regime de responsabilidade civil a ser incidido no caso concreto. Entendeu-se pela aplicação da teoria do risco integral, a qual demanda análise objetiva em virtude da previsão constitucional constante do artigo 225, parágrafo terceiro, como também da previsão legal encontrada na Lei nº 6.938/81 (que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente), no artigo 14, parágrafo primeiro.

Compreendeu-se que o explorador de atividade econômica enquadra-se como garantidor da preservação ambiental. Assim, os danos ligados às atividades de risco, a estas se vinculam, não sendo possível alegar excludentes de responsabilidade, como culpa exclusiva de terceiro e ocorrência de situação de força maior.

A mineradora alegou que a residência dos autores da demanda foi fortemente afetada em razão de chuvas pretéritas ocorridas, ainda, no mês de janeiro daquele ano de 2007. Em primeiro grau, nesta senda, sentenciou-se que a moradora teve de ser desalojada de seu imóvel residencial, ocasionando-lhe prejuízos imateriais. O tribunal *a quo* prosseguiu afirmando a existência de danos morais, salientando que a parte autora não voltou a residir na moradia atingida. Neste ínterim, não houve discussão sobre o valor a ser arbitrado a título de danos extrapatrimoniais.

Já no voto do Ministro Luis Felipe Salomão, foi trazido o artigo 4º, inciso VII, da Lei nº 6.938/81. É objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente a reparação de todos os danos causados. Todavia, o ato ilícito para ensejar dano moral tem de atingir a dignidade da pessoa. Optou-se por reafirmar as decisões anteriores proferidas neste caso as quais compreenderam que se concretizou, em desfavor das vítimas, angústias, preocupações, inquietações, além da normalidade.

Acerca do montante indenizatório que foi fixado, entendeu-se que o foi de forma razoável, sendo mantido no valor de dez mil reais. Ao recurso interposto, foi negado provimento.

Importante aduzir, que, acerca dos danos morais, doutrina e jurisprudência majoritárias vêm compreendendo pela implicação de responsabilidade mesmo quando forem coletivos (ou considerados como de massa, no esteio das lições de Geneviève Viney). (VINEY, 2008).

Considerando-se que se trata dano ambiental coletivo, importante destacar o rito processual pertinente. Edilson Vitorelli trabalhou com o aspecto que diz respeito à nova tipologia dos litígios coletivos e ofertou proposta para um conceito sociologicamente orientado dos direitos transindividuais. Assim, afirmou que as discussões relativas à titularidade de direitos de grupos, transindividuais, metaindividuais (asseverando que o mais significativo não é a denominação) foram cessadas, mesmo que tidas como relevantes. Em seu lugar, inseriu-se uma abordagem pragmática com o fito de garantir a tutela destes direitos a despeito de seu conceito não possuir delimitação exata. (VITORELLI, 2016, p. 35).

Edilson Vitorelli aduziu que se aceitou, doutrinariamente, que os direitos transindividuais são de todos, sejam grupos, seja a sociedade. A tautologia da tutela coletiva no Brasil informa que são de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém.

## CONCLUSÃO

Há casos além de Mariana, além de Mirai e de Muriaé. A mídia, com seu potencial informativo, noticia constantemente situações em que a qualidade ambiental está prejudicada. Estes casos ilustram o quanto a natureza permeia a vida do ser humano e a fragilidade que o meio ecológico carrega consigo.

O ordenamento jurídico tem de se posicionar em face desta realidade. Há uma busca, precípua, em proteger o lícito e, para que assim ocorra eficazmente, tem de se reprimir os ilícitos, corrigindo suas conseqüências. Existente a ilicitude, ou, em outras palavras, uma situação de contrariedade entre conduta e norma jurídica, pode-se determinar deveres positivos ou negativos para o lesante.

No Direito Ambiental, impera a responsabilidade civil objetiva pautada no risco integral – em que não há análise de culpa, uma vez que havia dificuldade em prová-la em virtude da complexidade da vida moderna, que trouxe, crescentemente, uma multiplicidade de fatos catastróficos. Por isto, aquele que danifica o meio ambiente possui o dever jurídico de repará-lo integralmente com base em princípios de justiça e de equidade.

Ademais, é possível constatar, nos casos concretos, o regime jurídico de solidariedade entre os causadores dos danos – tenham atuado direta ou indiretamente. No caso de Mariana, a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. e a BHP Billiton Ltda., foram elencadas como causadoras do dano para responder de forma compartilhada. O Estado, por sua vez, conforme os tribunais admitem, pode responder em virtude das suas condutas omissivas – quando deixou de preservar e resguardar o direito fundamental ao meio ambiente estabelecido pela Constituição.

Numa sociedade comumente tida como de risco, é imprescindível que seja desestimulada qualquer atividade capaz de gerar efeitos prejudiciais, seja a terceiros, como, por exemplo, à população do município de Mariana, seja ao próprio meio ambiente. Assim, jurisprudência tem aplicado a Teoria do Risco Integral, na qual não se admite a incidência de excludentes da responsabilidade civil, como caso fortuito, força maior e fato de terceiro.

Os danos verificados em Mariana, em virtude do rompimento de barragem, e em sentido similar, nos municípios de Miraf e Muriaé, correspondem a lesões morais, bem como patrimoniais. Assim, é possível concluir que, conforme os casos analisados, trata-se de bem jurídico correspondente a direito fundamental. Logo, certo é que podem ser constatados danos morais a nível coletivo uma vez que se trata de interesse coletivo.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao definir o dano ambiental como modificação adversa de suas características, deu azo à instituição da Lei nº 12.334/2010, que, por sua vez, estabelece a Política Nacional de Segurança, criando o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens. Nos casos elencados, constatou-se que houve degradação da qualidade do meio ambiente (conforme artigo 3º, inciso III, e alíneas, da Lei nº 6.938/81) em virtude de se ter prejudicado a saúde, a segurança e bem estar das populações afetadas pelos vazamentos, assim como criou condições desfavoráveis para o desenvolvimento de atividades sócio-econômicas.

Estas peculiaridades concretizam, conforme a norma, poluição em face do meio ambiente, apesar da visão com teor antropocêntrico. As alíneas “c”, “d” e “e” conferem visão ecológica mais consciente ao que se entende legalmente por poluição ambiental, em virtude de se ter afetado desfavoravelmente a biota, condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, e, também, por ter sido lançadas matérias em desacordo com padrões ambientais.

Como foi visto, a demanda mundial por minerais é crescente e os minérios utilizados são de baixo teor ou de difícil beneficiamento, produzem, por conseguinte, uma grande quantidade de rejeitos. A complexidade da vida moderna reside na engenhosidade daquilo que vem sendo produzido pelo ser humano.

O valor da preservação daquilo que existe dos espaços naturais é incomparável ao valor econômico que é obtido até que haja a destruição, pois se trata de bem jurídico fundamental. As

situações que envolvem ameaça de danos sérios ou irreversíveis exigem medidas eficazes – que não podem ser postergadas.

A fiscalização eficiente é um começo para que o ciclo de danos encerre, porquanto o princípio da precaução é o centro do Direito Ambiental. Dotar os órgãos de infraestruturas mais adequadas, engendrar um processo fiscalizatório mais consistente e coerente, inclusive com profissionais de diversas áreas, conscientes e preparados para desenvolver tais atividades é um meio de aprimorar o Estado Social. É viável remodelá-lo também fornecendo para a população espaço para colaborar com a construção do próprio ambiente em que se vive.

O que se busca é impedir que daqui um determinado período de tempo ocorra um novo rompimento de barragem como ocorreu em Brumadinho, Minas Gerais. Assim, encarar que existem danos que podem ser acentuados, ou mesmo desastrosos, e que o risco de que ocorram é incerto (porém, muitas vezes provável) é um prelúdio para que as normas sejam criadas e cumpridas com o fito de evitar que danos ambientais concretizem-se.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leila Cristina do Nascimento; SILVA, Romeu Faria Thomé da. As respostas jurídicas do estado de Minas Gerais aos acidentes com barragens de rejeitos da mineração. **Direito e Sustentabilidade IV**. Santa Catarina: Conpedi, 2016.

ANTUNES, Paulo Bessa. Da existência da exclusão de responsabilidade na responsabilidade por danos ao meio ambiente no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Público**. v.3. n.2. 2016.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 9/5. 1998.

BOFF, Leonardo. **Ecologia**: grito da Terra, grito dos pobres. Rio de Janeiro: Sextante, 2004.

DESTEFFENI, Marcos. **A responsabilidade civil ambiental e as formas de reparação do dano ambiental**: aspectos teóricos e práticos. Campinas: Bookseller, 2005.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Forense, 2016.

GOMES, M. F.; CARVALHO, V. O. Educação ambiental e sua normatividade simbólica. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 25, 2018.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2009.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista Sequência**, n. 95. 2002.

HENKES, Silviana L. A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, v. 10. n.1. São Paulo: 2009.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: 2000.

JOSSERAND, Louis. A evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro. vol. LXXXVI.

KRELL, Andreas Joachim. Concretização do dano ambiental: algumas objeções à teoria do risco integral. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 39, Brasília, 1998.

LEÃO, Igor Zanoni Constant Carneiro; MAIA, Denise Maria. O valor do meio ambiente segundo Peter Singer. **Economia & Tecnologia**. Ano 06. vol. 23. 2010.

LEITE, J. R. M.; MELO, M. E.. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Sequência**: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Vol. 28. n. 55. 2007.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. **Revista de Direito Ambiental**. n. 21. 2001.

ROBALINHO, Marcelo. Para além dos riscos: uma análise do livro Sociedade de risco. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnologia em Saúde da Fiocruz. 2014.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil**. A Reparação e Pena Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Milton. **Técnica espaço tempo**. Globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Edusp, 2014.

SOARES, Lindolfo et al. Barragem de rejeitos. In: **Tratamento de minérios**. 5. ed. Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2010.

STEIGLEDER, Annelise. Áreas Contaminadas e a obrigação do poluidor de custear um diagnóstico para dimensionar o dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. v. 7. n. 25. 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro; MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais de direito ambiental**: responsabilidade em matéria ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida; GORDILHO, Heron José de Santana; BRAZ, Laura Cecília Fagundes dos Santos. A participação popular na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**. v. 4. 2017.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. TEPEDINO, Gustavo (org.). In: **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

Recebido em: 27 fev. 2019.

Aceito em: 24 jul. 2019.

# PARTICIPAÇÃO POPULAR NA GESTÃO TRANSPARENTE DO MEIO AMBIENTE: EDUCAÇÃO AMBIENTAL E DIREITO À INFORMAÇÃO

**Júlio César de Souza**

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.

*juliocesarufop@gmail.com*

**Magno Federici Gomes**

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Minas Gerais.

*federici@pucminas.br*

**RESUMO:** O artigo visa abordar a importância da relação entre os princípios diretivos da informação e da participação popular, como instrumentos viabilizadores da conservação do meio ambiente, destinados a difundir uma cultura de transparência ambiental apta a permitir o acesso ao conhecimento e apropriação da condição ambiental genuína experimentada pela comunidade. Utilizou-se como norte metodológico o jurídico propositivo, com técnica dedutiva e uso de fontes bibliográficas. Concluiu com a análise do incremento finalístico decorrente da oferta de meios para a formação de cidadãos conscientes de seu poderio decisório no âmbito da gestão dos recursos naturais, com ênfase no indicativo Constitucional da promoção da educação ambiental como método assecuratório da efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Informação. Participação popular. Educação Ambiental. Meio ambiente.

*Popular participation in the transparent management of the environment: environmental education and the right to information*

**ABSTRACT:** The article aims to address the importance of the relationship between the guiding principles of information and popular participation, as instruments enabling the conservation of the environment, aimed at spreading a culture of environmental transparency capable of allowing access to knowledge and appropriation of the genuine environmental condition experienced by the community. The deductive method was used as a methodological method using the monographic technique, with bibliographical review of articles and doctrinal works related to the topic. From the study came the understanding of the importance of the need for the provision of means for the formation of citizens aware of their decision making power in the scope of natural resources management and the reflex of these informative policies based on the Constitutional indicative of the promotion of environmental education as an method that guarantees the effectiveness the right to a healthy and ecologically balanced environment.

**KEYWORDS:** Information. Popular participation. Environmental Education. Environment.

## INTRODUÇÃO

Em se tratando de contexto global, é factível afirmar que o acesso à informação funciona simultaneamente como causa e efeito no âmbito da defesa do meio ambiente, reconhecido em sua integralidade.

A informação acessada gera na comunidade o sentido do empoderamento construído sob a perspectiva da cognição, produzindo a consequência da oportunidade de participação e, principalmente, influência dinâmica e deliberativa da população, que vê no acesso e na publicidade do conhecimento no campo ambiental, uma ferramenta indelével de transparência e de possibilidade de gestão compartilhada entre o Estado e o corpo social.

No âmbito da conservação dos recursos ambientais, pensar a disponibilidade e os meios de alcance das informações representa para o cidadão, que se vê aliado do debate ambiental, a justa alternativa consagradora da legitimidade originária de todo o movimento de participação popular. Representa, também, o reconhecimento da importância de se considerar e especialmente assegurar o cumprimento da finalidade contida do disposto no *caput* do art. 225 da Constituição da República de 1988 (CR/88), qual seja, a diretriz estabelecida da responsabilidade solidária de todos os atores sociais pertencentes e envolvidos no mister de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, cujo legado também deve se relacionar com o uso equilibrado destes recursos, cuja tutela despertou o interesse do legislador de modo a positivá-la no ordenamento jurídico.

Numa análise qualitativa do progressivo aumento da demanda por informação, observa-se a projeção de dois fatores fundamentais na proposta avaliativa, a saber, o acesso massificado decorrente das denominadas “novas mídias” e canais informativos e o aumento do interesse individual decorrente da perspectiva contemporânea da expansão das vagas no âmbito da educação formal.

Soma-se a isso o fortalecimento da proposição associativa ou de coletivos reconhecidamente organizados no sentido de agregar grupos, cuja unidade pauta-se em torno de temas afetos a conservação do meio ambiente que, por sua vez, concentram parte de sua atividade e esforço no fornecimento de informações específicas e qualificadas ao maior número de pessoas.

Nesse sentido, a consolidação da participação popular nas deliberações diretivas que representam a direção escolhida no campo da utilização, manejo e conservação do meio ambiente, tem o condão de reforçar a relevância de se compreender o *locus* exato destinado ao cidadão. Assim, pois, a complexidade de suas funções lhe concede a prerrogativa de funcionar como beneficiário da apropriação dos bens ambientais, mas também lhe coloca em conexão com a necessária preservação dos recursos naturais existentes, tendo em vista que tal postura é fator preponderante para a conservação desses mesmos bens, para as presentes e futuras gerações.

A disseminação do propósito da transparência concernente às políticas de gestão dos recursos naturais e o compartilhamento do conhecimento próprio das questões ambientais concedido ao corpo social, deve se constituir em diretriz determinante, quando o tema em questão versar sobre a conservação do meio ambiente, a utilização de seu potencial e os riscos decorrentes da inadequação do manejo dele, cujos resultados possam incidir sobre a vida do cidadão, legatário, em última análise, dos efeitos derivados de tais escolhas.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a correlação entre os princípios da informação e da participação, a partir da perspectiva de efetivação da incumbência do desenvolvimento de uma cultura preservacionista ambiental atrelada a conscientização da coletividade, no sentido de materializar de forma mais efetiva, a tutela do meio ambiente.

Desse modo, surge como problema o seguinte questionamento: existe interface entre a meta constitucional de fomento da educação ambiental e a materialização dos princípios da informação, através da participação popular comunitária?

Como hipótese tem-se que somente através de uma ampla cultura de promoção da participação popular, ocorrerá a materialização de tais princípios na máxima efetividade.

O cerne do estudo se concentra em torno do debate que admite a priorização do acesso à informação e a construção de uma cultura de transparência ambiental refletora da participação ativa e decisória dos cidadãos beneficiados do mandamento fundamental contido no art. 225 da CR/88. O estudo da efetividade conexa de princípios de índole essencial, decorrentes da diretriz Constitucional, justifica-se, ainda, pela necessidade de, em um primeiro momento, reconhecer a relação sistêmica decorrente da opção ideológica contida na CR/88, bem como aplicar a temática da preservação do meio ambiente à fórmula legislativa proposta, revelando a participação da sociedade como eixo diretivo, que somente será possível se restar devidamente assegurado o desenvolvimento de uma política de educação e informação ambientais acessíveis a todos.

A base metodológica do estudo possui uma abordagem qualitativa e natureza descritiva. Para tal, utilizou-se como norte metodológico o jurídico propositivo, com técnica indutiva e uso de fontes bibliográficas, com realização de revisão de literatura de artigos, obras doutrinárias e jurisprudência referente ao tema.

Nesse contexto, como marco teórico escolhido para balizar a investigação foi utilizada a linha argumentativa apresentada por Floriani (2010), onde o autor disserta no sentido de que a autonomia de cada cultura são manifestadas em formas de adaptação e negociação política ligadas a autonomia de cada sociedade ou grupo, mas para além desse viés, elas são expressões de um diálogo de saberes, se mostram como resistências e adaptações ao conhecimento moderno, fundada em uma política pautada pela diversidade e na diferença, na racionalidade e construção de um projeto coletivo de imaginários e mundo racionalmente ambiental.

A pesquisa teve como recorte temporal, priorizando artigos em um período compreendido entre 2003 a 2018, utilizando como banco de dados para a busca: o Scielo, Google Acadêmico, o repositório eletrônico de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi retirada uma decisão para ilustrar o debate em torno do tema desenvolvido no âmbito do Poder Judiciário. As palavras utilizadas na pesquisa foram: “educação ambiental”, “princípio da informação”, “direitos difusos”, “acesso à informação” e “participação popular”.

Em um primeiro momento, a pesquisa fundamenta-se no necessário desenvolvimento do conhecimento acerca dos princípios orientadores do envolvimento da comunidade no sentido de cumprir o escopo Constitucional de acesso a um meio ambiente sadio, de uso comum e essencial a perpetuação da vida, em suas diversas formas. Posteriormente, pretendeu-se destacar a importância da participação da comunidade no contexto de defesa e conservação do meio ambiente, observando a conexão com o princípio da informação. Em linhas gerais o artigo trata no decorrer dos capítulos, sobre a meta constitucional da educação ambiental enquanto meio de tutela do *locus* ambiental e a interface dela com os princípios informadores da ordem constitucional de 1988, relativos ao acesso à informação e o uso dela como instrumento de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## 1. A META CONSTITUCIONAL DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL ENQUANTO PRESSUPOSTO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

A análise do conteúdo trazido pela Constituição da República de 1988(CR/88) concita o Estado brasileiro a otimizar as respostas transformadoras apontadas pelo legislador constituinte e que servem de parâmetro absoluto aos rumos ideológicos fomentadores da estrutura estatal e da sociedade, decorrente da escolha constitucional, através da priorização dos direitos e garantias fundamentais a serem ofertados aos cidadãos pertencentes à Nação.

Portanto, a efetivação dos direitos estatuídos na Lei Fundamental representa, sob inúmeros aspectos, a oportunidade dada pela ordem originária, de construir, a partir do paradigma da legitimidade, a base essencialmente democrática e repleta de conteúdo assegurador dos fundamentos e objetivos mais caros, oriundos da diretriz constitucional.

Posicionadas em tal contexto, estão as colocações de Souza e Santos (2017, p. 107-125) ao destacarem a importância da tutela do meio ambiente e a positivação dela, intimamente conectada com a natureza da indisponibilidade desse direito, cuja defesa deve ser realizada de modo conjunto entre os diversos atores: poder público, a sociedade civil organizada e indivíduos:

A defesa do meio ambiente como direito fundamental indisponível, de natureza difusa e intergeracional, deve ser colocada materialmente como dever do estado brasileiro e da coletividade. Ambos devem zelar, proteger, preservar e coibir quaisquer condutas violadoras desse acervo fundamental de direitos, desenvolvendo uma política pública onde se reconheça a prevalência dos benefícios à coletividade e o respeito prioritário ao interesse público.

Tal positivação dos direitos fundamentais citada pelos autores no fragmento transcrito denota a obrigatoriedade por parte do Estado, de, além de aplicar por meio de suas ações executórias as normas contidas no arcabouço constitucional, transcender o grave hiato existente entre a ausência de acesso a esses direitos por parte da imensa maioria da população e a vasta oferta normativa disponível no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Souza e Resende (2018), a própria constitucionalização dos direitos fundamentais, por si, já denota um grande avanço derivado de um processo histórico aglutinador desenvolvido no país e alhures, que moldaria a própria definição de direitos fundamentais. Nesse sentido disertam os autores:

[...] Posteriormente, a própria definição de direitos fundamentais – impulsionada por variáveis como o decurso do tempo, as demandas sociais, dentre outras – aglutinou-se de forma sucessiva e ampliativa, paulatinamente conjugando ao longo do tempo atributos geradores de modificação estrutural de suas próprias significações com reflexos na enumeração dos direitos fundamentais [...] (SOUZA; RESENDE, 2018, p. 918).

No Brasil, campo dos preceitos e regras trazidos pela CR/88, o estabelecimento da educação ambiental como alvo a ser impulsionado pelos diversos atores sociais, ganha destaque em razão da matriz constitucional que consagra a execução de medidas protetoras do meio ambiente integral, quer seja no âmbito das questões amplo espectro ou no campo das informações, cujo manejo serve para instruir o cidadão com fontes de conhecimento formal e informal, bem como subsidiar suas decisões quando o assunto é a manutenção da vida sadia e qualitativa na Terra<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Para estudar os dispositivos legais que determinam a educação ambiental como norma simbólica, ver: GOMES; CARVALHO, 2018, p. 13-28.

Também em relação à proposição da educação ambiental apresentada como meta constitucional garantidora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>2</sup>, observa-se que o acesso ao conhecimento é fator determinante para a correta efetivação desse direito, em que a certificação da força normativa da CR/88 impõe aos aplicadores da norma jurídica, o reconhecimento da prescindibilidade de regulamentação infraconstitucional, haja vista o conteúdo imperativo presente nos dispositivos da CR/88, cujas intermediações legislativas devem se ocupar de cumprir fielmente o estabelecido pela norma essencial e materialmente maior do ordenamento<sup>3</sup>.

Movimentos decorrentes da Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, promovida nos Estados Unidos, no ano de 1977 e Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade, Educação e Consciência Pública para a Sustentabilidade, realizada na Grécia (JACOBI, 2003, p. 190) trouxeram ao cenário mundial, o enfoque sobre a importância e a necessidade de se envidarem esforços no sentido de priorizar a educação ambiental, baseada em princípios relacionados à ética, à diversidade cultural, à sustentabilidade e à participação.

No Brasil, a tônica do conteúdo que erige a educação ambiental a um patamar de verdadeira relevância encontra-se positivada na CR/88, conforme regra do seu art. 225, inciso VI<sup>4</sup>.

Tal inciso visa apresentar o regramento normativo a ser seguido tanto pelo legislador ordinário quanto pelo executor das ações em matéria de meio ambiente, possuindo natureza cogente, de modo a materializar o direito ao meio ambiente sadio.

Segundo Antunes (2012, p. 237):

[...] A Constituição brasileira estabelece a obrigação estatal de promover a educação ambiental, que é um dos mais importantes mecanismos para a proteção do meio ambiente, pois não se pode acreditar – ou mesmo desejar – que o Estado seja capaz de exercer controle absoluto sobre todas as atividades que, direta ou indiretamente, possam alterar negativamente a qualidade ambiental [...].

Para tanto, as disposições infraconstitucionais sobre a ferramenta da educação ambiental foram elencadas na Lei nº 9.795/1999 regulamentada pelo Decreto nº 4.281/2002, que, por sua vez, tem o condão de regular a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA). Em seu artigo 1º, a Lei nº 9.795/1999 sedimenta o conceito normativo de educação ambiental da seguinte forma:

[...] Art. 1º: Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade [...] (BRASIL, 1999).

<sup>2</sup> Souza e Bizawu (2017, p. 189) esclarecem que: “a questão ambiental ganhou evidência e força normativa com a inauguração de uma nova ordem constitucional a partir de 5 de outubro de 1988, em que o meio ambiente foi elevado à categoria de direito fundamental, a ser protegido e usufruído por toda a sociedade. No texto constitucional, a preservação da biota foi erigida como diretriz a ser seguida pelas atividades empreendidas e acolhida pela manifestação social coletiva, destinatária dos direitos elencados no art. 225”

<sup>3</sup> Para analisar a ampliação de acesso às informações nos procedimentos de licenciamento ambiental, ver: GOMES; TEIXEIRA, 2017, p. 128-146.

<sup>4</sup> Ver: "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§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público [...] VI-promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;" [...] (BRASIL, 1988).

É mediante o recurso da educação ambiental que a sociedade, a partir de uma perspectiva conservacionista<sup>5</sup>, vê-se capacitada em plenitude, de modo a compreender as implicações provenientes dos processos econômicos e sociais tendentes a contribuir para a degradação ambiental. Longe de causar nesse ponto um efeito negativo, os debates e os contrapontos de ideias derivadas da concretização da educação ambiental, podem trazer reflexos interessantes para a ampliação do conhecimento, materialização da preservação ambiental, a refletir no próprio entendimento das ciências ambientais.

Transpondo do campo epistemológico um pensamento sobre a abertura trazida pelo debate no campo das ciências e aplicando-o para a área da defesa do meio ambiente, é possível compreender o que dissertou Floriani (2010), sobre a abertura de espaços de debates institucionais e de usos das ciências, a gerar centros de produção de conhecimentos que questionam até mesmo as formas de saberes já construídos. Para o autor da epistemologia ambiental:

[...] Paralelamente a esse momento de “reconstituição” das teorias e das práticas científicas, implicando a instalação de profundos dissensos sobre o alcance e significado de ciência e sua função social, abre-se a perspectiva de outras alianças e contratos entre os saberes científicos, dando margem, inclusive, à revalorização dos saberes não-científicos, principalmente daqueles culturalmente arraigados [...] (FLORIANI, 2010, p. 51).

Tal entendimento leva a ação afirmadora, inclusive, da necessidade de no campo ambiental, proporcionar a efetiva participação democrática na construção da preservação ambiental coletiva, aliando o acesso à informação através da educação ambiental, com os saberes tradicionais existente no meio coletivo.

Sobre a finalidade da educação ambiental na preservação do meio ambiente, Capra salienta que “[...] a eco alfabetização nos diz que todos pertencemos a *oikos*, a ‘Morada da Terra’ (a raiz grega da palavra ecologia) e, portanto, devemos nos comportar nos termos dessa perspectiva [...]” (CAPRA, 2018, p. 256, grifo no original).

No campo da aplicação das normas que dão vivacidade a proposta de progressão da educação ambiental, há um alicerce plantado e cuja aptidão ressoa na consecução de um princípio ambiental consagrado nacional e internacionalmente, da qual depende toda a engrenagem normativa vindoura, em razão do alto potencial de impacto nas deliberações atinentes às políticas de gestão ambiental.

Seja considerado como representação da legitimidade primeira tida na CR/88 ou reconhecido como fonte de soberania oriunda dos princípios emanados do art. 1º da citada constituição, o princípio da participação popular é, sem dúvidas, o mandamento que, em última instância, está apto a conceder efetividade aos direitos fundamentais realizáveis e compatíveis com o anseio da coletividade.

Contudo, a escuta oferecida aos cidadãos precisa carregar em sua essência o fim de se fazer palpável, determinante e satisfatória, razão pela qual necessita a sociedade de mecanismos de intervenção de natureza qualificada, que somente serão possíveis se a condicionante da educação ambiental se encontrar em pleno exercício, de acordo com os ditames do art. 225 da CR/88.

Não fosse essa a intenção do constituinte originário, ele teria silenciado a importância de se apresentar o meio ambiente equilibrado como direito de todos, do hoje e do amanhã, cuja

---

<sup>5</sup> Considera-se conservacionismo um movimento político, social e ambiental para definir e difundir conceitos e objetivos referentes à conservação da natureza em geral, protegendo as espécies, seus habitats, os espaços e recursos naturais.

responsabilidade é compartilhada entre os mais heterogêneos integrantes da tessitura social. Nos dizeres de Costa Neto:

[...] a Constituição Federal espelha um entrecruzamento de valores ambientais expressos no reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente sadio, em normas-fim do meio ambiente e no dever jurídico-constitucional de sua proteção pelo Poder Público e pela coletividade, configurando, destarte, o que se pode chamar de uma ordem Constitucional ambiental [...] (COSTA NETO, 2003, p. 103).

Nesse aspecto, a implementação do cumprimento do intento relativo à consolidação da educação ambiental, apresenta-se como base fundante do empoderamento consecutório do cidadão, imbuído de “valores, atitudes e habilidades propiciadores da atuação individual e coletiva voltada para prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais”, nos termos da Lei nº. 9.795/99.

A promoção da participação popular qualificada, portanto, viés intrínseco resultante da conjugação dos elementos cognitivo e volitivo do cidadão que se afirma em articulação e influência, cujo lastro decisório vem se solidificando ao longo da história.

## **2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO COMUNITÁRIA NO CENÁRIO DE DEFESA E CONSERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

A condução de uma política ambiental refletora dos anseios da população corrobora e fortalece o sentido de democracia, possibilitando a inserção legítima dos participantes do corpo social no contexto das relações de poder, onde o acesso dos interessados repercute na definição das diretrizes de gestão ambiental.

Em se tratando de envolvimento da comunidade no que se refere à temática da preservação e conservação do meio ambiente, entendido em sua circunstância de integralidade, observa-se o engajamento progressivo dos membros de diversos segmentos sociais, seja diretamente ou mediante representação decorrente de associações de classe. Isso, em conformidade com os avanços no campo da arregimentação de coletivos organizados ou dos microssistemas difundidos em espaços comunitários informais e cuja abrangência não encontra limites, fronteiras ou composições ortodoxas.

Costa Neto ressalta (2003, p. 39) que:

[...] a integração comunitária nessas tomadas de decisão constitui corolário da ideia de um fortalecimento da democracia participativa. A democracia de participação consiste na ativa interação do povo-cidadão no processo de formação e desenvolvimento das atividades primaciais do Estado, adensando-as de legitimação [...].

Conforme se verifica no conteúdo do Princípio nº 10, da Declaração do Rio de Janeiro (1992), relativa à Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida no ano de 1992, a participação ativa da comunidade expressa a possibilidade de, mediante o engajamento dos indivíduos, testificar a eficácia dos meios e modos de preservação do meio ambiente. Nesse sentido é posto o expresso no Princípio 10 da referida declaração: “[...] A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Do mesmo modo, Costa Neto (2003, p. 46) anota que: “[...] o princípio da participação representa a ideia de que se faz imprescindível o engajamento efetivo dos titulares do direito difuso ao meio ambiente sadio nos processos de definição e execução das políticas voltadas a essa temática [...]”.

A previsão constitucional presente no caput do art. 225 tem em sua essência o conteúdo da positividade da participação popular, cuja abrangência está intimamente ligada a orientação que posiciona a coletividade como destinatária do dever de defender e preservar o meio ambiente na atualidade e no futuro, atendendo, assim, aos fins e valores inspiradores da dinâmica social em matéria de conservação dos recursos naturais.

Milaré (2004), abordando a temática enfatiza que o princípio da participação popular expressa à concepção de que a execução da política de meio ambiente, somente será considerada satisfatória, se for respeitada a real necessidade de cooperação entre Estado e sociedade, asseverando ainda:

De fato, é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais conscientes de suas responsabilidades, contribuam para a proteção e [para] a melhoria do meio ambiente que, afinal, é bem e direito de todos [...] (MILARÉ, 2004, p. 141).

A inserção da comunidade, precipuamente na execução da tarefa de diagnosticar a ocorrência de potencial dano ambiental a partir de sua vivência geral e local, mediante verificação decorrente de sua condição de membro integrado no ecossistema e na rotina das cidades, confere aos resultados obtidos através de atuação simultânea grande amplitude, construindo a visão compreendida como um reduto de veracidade que, em grande medida, tem o condão de produzir efeitos positivos na definição das políticas de gestão ambiental a serem implantadas<sup>6</sup>.

Pensar a inclusão da população nas discussões que interessam a formulação das diretrizes de gestão do meio ambiente é confirmar a efetividade do princípio Constitucional da participação comunitária, reconhecendo também que, “[...] essas manifestações, ainda que pontuais, representam uma semente na possibilidade de se pensar na construção da sustentabilidade urbana e na nova ética ambiental [...]” (CARVALHO; LUDWING, 2016, p. 210).

O contrário da participação pode se configurar em um vácuo de legitimidade cujas conseqüências em tempos de apatia e indiferença gerada pelo estado de coisas, tende a redundar em um controle de forças externas utilitárias e avessos a identificação dos prejuízos ambientais latentes. Os limites da influência da comunidade “estão relacionados à postura de cidadãos que não se percebem como coparticipantes nesse processo de geração e/ou na solução de problemas” (CARVALHO; LUDWING, 2016, p. 210).

Sobre a primazia da intervenção do Poder Público frente ao controle realizado pela comunidade, Milaré (2004, p. 141) aduz:

[...] nessa linha e ciente de que o monopólio da gestão e do poder de polícia ambiental em mãos do Poder Público não tem evitado o abuso ecológico, a Constituição brasileira inscreveu em seu texto mecanismos capazes de assegurar a cidadania, o pleno exercício desses direitos relativos a qualidade do meio e aos recursos ambientais [...].

Antunes (2012, p. 27) vê identidade entre participação popular e democracia, expondo que:

[...] o princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamento, participar das discussões para elaboração das políticas públicas ambientais e de obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais e que tenham significativas repercussões sobre o ambiente [...].

---

<sup>6</sup> Para analisar a participação da comunidade internacional e nacional na tutela do meio ambiente e defesa dos interesses animais em um caso concreto, ver: BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

A participação popular efetiva, por sua vez, pressupõe o direito de informação e está a ele intimamente ligado (MILARÉ, 2004, p. 141), sendo essencial a convergência dos ditos princípios, tendo em vista a natureza simbiótica estabelecida entre ambos com o fim de salvaguardar o meio ambiente integral.

### **3. O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO ENQUANTO MECANISMO DE IDEIAÇÃO DE UMA CULTURA DEMOCRÁTICA DE TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL**

Os postulados contidos no texto constitucional funcionam como vetores de acomodação entre o conteúdo normativo positivado no ordenamento jurídico e a aspiração social emanada da contextualização fática no âmbito de preservação ambiental.

Participar ativamente das decisões proferidas no plano da gestão ambiental pressupõe a presença de três fatores basilares para obtenção do êxito da dita empreitada: estar o cidadão disposto a se envolver com a causa; ter a comunidade sede de conhecer as nuances que perpassam os debates em torno do manejo dos bens ambientais, exigindo a prestação de informações idôneas oriundas do Poder Público, mas também da sistemática da comunidade científica e das demais forças proponentes a produzir esclarecimentos nessa área e, finalmente, revestir-se de autoridade, onde a habilitação num contexto de participação promova influência e possibilidade de deliberação. Salienta-se "[...] que as decisões deverão ser realizadas considerando a isonomia entre os participantes" (CHRISTMANN, 2013, p. 119).

Nesse cenário, o acesso à informação ganha contornos de relevância e *status* de direito fundamental<sup>7</sup> na medida em que funciona como fonte de sustentação da efetivação do direito à participação no processo decisório e na arregimentação de cidadãos conscientes e preparados para manifestar seus interesses e princípios essenciais<sup>8</sup>.

Segundo Antunes (2012, p. 27), o Direito ambiental “tem uma de suas principais origens nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos. Logo, a democracia é uma de suas bases mais caras e consistentes. O princípio democrático encontra a sua expressão normativa especialmente nos direitos à informação e à participação”.

Costa Neto (2003, p. 75) aponta o desiderato do mandamento constitucional da participação da comunidade, afirmando que “[...] segundo esse princípio, o Poder Público deve propiciar à sociedade o pleno acesso às informações relativas às políticas públicas sobre meio ambiente, bem como sobre a existência de atividades potencialmente nocivas ao bem estar das comunidades [...]”. Por conseguinte, o princípio da informação exerce a função de dar consistência à intervenção comunitária, gerando na estrutura estatal o dever de apresentar os dados e informes necessários para o pleno exercício da atuação do cidadão frente à temática do meio ambiente.

Observe-se que a exigência por acesso a informação traduz a nova dinâmica contemporânea enaltecida de uma postura pública confiável que preza pela transparência nas ações e na disponibilidade das informações relevantes. De acordo com Figueiredo e Santos (2013, p. 4), “[...] a compreensão do que está sendo exposto é fundamental para qualificar uma informação

<sup>7</sup> Para aprofundamento na dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável e no direito à educação, democracia e informação ambiental, como forma de se assegurar os direitos fundamentais intergeracionais, ver: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 94-97 e 99-101.

<sup>8</sup> De modo semelhante ao analisar a transparência e o combate à corrupção, ver: SOUZA; OLIVIERA JUNIOR, 2017, p. 139-141.

como transparente [...]”. O público alvo necessita assimilar o que está sendo apresentado. Cabe aos órgãos apresentarem de forma clara e de fácil entendimento, minimizando, assim, as possíveis dúvidas a respeito da comunicação dada, expondo somente informações relevantes que atendam as reais necessidades do público. Uma informação é vista como transparente ao apresentar a reunião dessas características.

No cômputo das atividades desempenhadas pelo estado brasileiro, há que se insistir e dar publicidade a todas as informações passíveis de repercutir na vida do cidadão em razão de sua condição de integrante e corresponsável pelo meio ambiente, sendo defeso o embaraço à possibilidade de acesso ao conhecimento de tal área. A “transparência permite que o cidadão acompanhe a gestão pública, analise os procedimentos de seus representantes e favoreça o crescimento da cidadania, trazendo às claras as informações anteriormente veladas nos arquivos públicos” (FIGUEIREDO; SANTOS, 2013, p. 5).

Costa Neto (2003, p. 76) assinala que:

[...] o princípio da informação materializa-se também como um pressuposto indispensável à definição de ações e políticas ambientais adequadas ao alcance dos objetivos delineados pelo Poder Público, porquanto é imperativo o conhecimento de todas as alternativas técnicas e econômicas disponíveis para o melhor planejamento e execução de medidas preventivas e corretivas [...].

O Estado deve guiar-se sob a perspectiva da institucionalização da transparência pública na seara do meio ambiente, sendo esta a orientação contida na Declaração do Rio, decorrente da Conferência das Nações Unidas para o meio ambiente e desenvolvimento, conforme exposto a seguir:

[...] Princípio 10 A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos [...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992, p. 5).

Como fator paradigmático no campo das proposições relativas a obrigatoriedades de se conceder relevância e prevalência do princípio da informação e assunção de uma cultura de transparência em matéria ambiental, tem-se o julgado provindo da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja relatoria decorre da lavra do Ministro Herman Benjamin, a ilustrar essa temática no âmbito judicial:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MEIO AMBIENTE. DIREITO DE INFORMAÇÃO. ART. 225, § 1º, VI, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 4º, V, DA LEI 6.938/1981. PRINCÍPIO 10 DA DECLARAÇÃO DO RIO. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 10.650/2003. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. CULTURA DA TRANSPARÊNCIA AMBIENTAL. ART. 3º, IV, DA LEI 12.527/2011. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. IBAMA VERSUS PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. RECONHECIMENTO LIMITADO. (...)

Comentando sobre a questão ponderou o magistrado:

[...] 2. Irretocável o acórdão recorrido. Alicerce do Direito Ambiental brasileiro e decorrência do dever-poder estatal de transparência e publicidade, o direito à informação se apresenta, a um só tempo, como pressuposto e garantia de eficácia do direito de participação das pessoas na formulação, implementação e fiscalização de

políticas públicas de salvaguarda da biota e da saúde humana, sempre com o desiderato de promover ‘a conscientização pública para a preservação do meio ambiente’ (Constituição, art. 225, § 1º, VI), de formar ‘uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico’ (Lei 6.938/1981, art. 4º, V) e de garantir o ‘acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades’, incumbindo aos Estados ‘facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando as informações à disposição de todos’ (Princípio 10 da Declaração do Rio). [...]

Dessa forma destaca:

[...] 3. Nessa linha de raciocínio, mais do que poder ou faculdade, os órgãos ambientais portam universal e indisponível dever de informar clara, ativa, cabal e honestamente a população, ‘independentemente da comprovação de interesse específico’ (Lei 10.650/2003, art. 2º, § 1º), para tanto utilizando-se de dados que gerem ou lhes aportem, mesmo quando ainda não detentores de certeza científica, pois uma das formas mais eloquentes de expressão do princípio da precaução ocorre precisamente no campo da transparência e da publicidade do Estado. A regra geral na Administração Pública do meio ambiente é não guardar nenhum segredo e tudo divulgar, exceto diante de ordem legal expressa em sentido contrário, que deve ser interpretada restritivamente pelo administrador e juiz. Além de objetivos estritamente ecológicos e sanitários, pretende-se também fomentar ‘o desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública’ (Lei 12.527/2011, art. 3º, IV). [...]. (STJ – Recurso Especial nº 2014/0338886-7. 2014, Relator(a): Min.(a) Herman Benjamin, 2ª turma, julgamento em: 21/05/2015, publicação em: 19/04/2017). BRASIL, 2017).

Sobre as questões postas no julgado apresentado e tão amplamente debatidas ao longo dessas considerações, resta enfatizar a crescente predisposição do operador-intérprete do Direito Ambiental em romper com a manutenção do *status quo* definidor de um verdadeiro abismo entre a presença de princípios e regras do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e a consistente realidade dissociada de tais garantias.

Além disso, faz-se necessário pontuar que, assegurar a sintonia do texto constitucional práxis social vivenciada, significa dar efetividade a normativa de índole protetiva dos bens ambientais, tornando tais direitos tangíveis, realizáveis e exigíveis por todos os cidadãos munidos das informações úteis e necessárias, cuja postulação se faz tão importante para a salvaguarda do meio ambiente.

Costa Neto (2003, p. 75) associa o sucesso da participação popular ao incremento do acesso à informação, aduzindo que “[...] a base da participação comunitária e da cooperação está na manutenção e crescente amplificação dos mecanismos de informação da coletividade [...]”.

No mais, o julgado anteriormente assinalado retrata a obrigatória interlocução entre o mandamento do acesso à informação e aplicação da meta para o fomento da educação ambiental como metodologia para a efetiva conscientização pública para o meio ambiente.

## CONCLUSÃO

O Brasil é o país dos grandes desafios. Têm em sua estrutura as condições reunidas para desenvolver com eficiência as iniciativas próprias na área ambiental, cujos impactos positivos têm o potencial de promover a modificação dos paradigmas atuais administrativos, legislativos e jurisdicionais no campo da defesa e conservação dos bens ambientais.

Para tanto, o passo primeiro se condiciona a aplicação do sentido dos elementos que constituem fundamento, princípios e objetivos a serem atingidos, de modo que os propósitos almeçados a partir do consenso entre as diferenças, exibido no teor da CR/88, sejam finalmente experimentados pelos cidadãos detentores do poder decisório acerca da diretriz da política ambiental.

Em matéria de meio ambiente, a comunidade não pode nem deve ser entendida como uma entidade abstrata desprovida de preocupação e desvelo com tais questões postas. A transindividualidade, os processos transfronteiriços e o componente da integração global, mais do que nunca, ressaltam a condição de interação do homem com os bens ambientais, bem como reconhecem a impossibilidade de desconexão com os resultados decorrentes das escolhas definidas quanto à preservação do meio ambiente.

É em decorrência de tais matizes que a efetividade dos direitos fundamentais elencados no art. 225 da CR/88 se torna tão imprescindível para a continuidade do Estado e do pacto social oriundo de sua idealização, como forma de acesso à justiça.

Provado está que a educação ambiental é pressuposto de preparação para a formação de cidadãos conscientes e informados, cujas competências hão de se propagar para edificação de uma cultura de participação real, ativa, intensa, propositiva e deliberativa, inspirada no desejo de inclusão de todos neste processo especial de retomada de valores relacionados a máxima transparência e livre acesso as informações tidas como importantes para a construção dessa proposta que interliga e empodera o tripé educação/informação/participação. Essa é a regra de ouro destinada a garantir um meio ambiente sadio, de e para todos, equilibrado e preservado para a experiência presente e futura dos seus próximos usufrutuários.

Nesse sentido, se correlaciona a meta constitucional de fomento a educação ambiental com a efetividade de princípios constitucionalmente garantidos, pois apenas assim, a consolidação da participação popular se constituirá efetiva, a partir da implementação madura dos métodos de acesso e difusão da educação ambiental.

A todos os atores envolvidos cumpre a tarefa de materialização do amplo e qualificado exercício pleno da participação popular, pautada como diretriz primeira da intenção coletiva de se apropriar e deter a informação, de conteúdo privilegiado, cujo ineditismo confirma, em essência, o fortalecimento da ideia concretização de uma democracia ambiental plena. Tal contexto traz a lume a assertiva de que a informação disponível e difundida em matéria ambiental robustece a aplicação do princípio democrático de alcance e envolvimento da coletividade no sentido de gerar influência decisiva sobre as políticas e condutas de gestão em meio ambiente a serem adotadas no território nacional.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v13i27.897>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.795 de 27 abr. 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 abr. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm). Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 2014/0338886-7. Relator: Ministro Herman Benjamin. 21 maio 2015. **Diário de Justiça da União**, Brasília, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/450454327/andamento-do-processo-n-2014-0338886-7-recurso-especial-19-04-2017-do-stj>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. São Paulo: Cultrix, 2018.

CARVALHO, Mariana Martins de; LUDWING, Márcia Pinheiro. **Sustentabilidade urbana e percepção socioambiental**: o olhar dos moradores. Curitiba: Appris, 2016.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. Democracia deliberativa e participação popular no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiro/SC: desafios e possibilidades. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 111-145, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/282>. Acesso em: 11 jan. 2019.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**: florestas. Belo Horizonte: DelRey, 2003. v. I.

FIGUEIREDO, Vanuza da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos. Transparência e controle social na administração pública. **Temas de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 8, nº 1, 2013. Disponível em: <http://www.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/vanuza-da-silva-figueiredo.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

FLORIANI, Dimas. Complexidade e epistemologia ambiental em processos socioculturais globais e locais. **Revista Internacional Interdisciplinar Intethesis**, Florianópolis, v. 07, nº 2, p. 45-64, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/intethesis/article/view/1807-1384.2010v7n2p45/16222>. Acesso em: 04 mar. 2019.

GOMES, Magno Federici; CARVALHO, Vânia Ágda de Oliveira. Educação ambiental e sua normatividade simbólica. **Revista Jurídica UNI7**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 13-28, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/254>. Acesso em: 11 jan. 2019.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, nº 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 07 mar. 2019.

GOMES, Magno Federici; TEIXEIRA, Angélica Cristiny Ezequiel de Avelar. Da participação social nos licenciamentos ambientais: para além da audiência pública. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 128-146, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7781>. Acesso em: 11 jan. 2019.

JACOBI, Pedro. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, nº 118, p. 189-205, mar. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/cp/n118/16834.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MILARÉ, Édís. **Direito do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento**. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SOUZA, Júlio César de; BIZAWU, Sébastien Kiwonghi. Preservação dos recursos hídricos e a limitação regulatória administrativa decorrente da outorga de direito de uso das águas subterrâneas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia v. 41, n. 3, p.184-205, set/dez. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/48704>. Acesso em: 22 maio. 2019.

SOUZA, Júlio César de; RESENDE, Élcio Nacur. O tombamento enquanto mecanismo balizador da limitação ao direito de propriedade: a delimitação do conceito de direitos patrimoniais e suas inter-relações com o poder de polícia estatal. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 2, p. 917-943, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/31268/24102>. Acesso em: 18 ago. 2018.

SOUZA, Júlio César de; SANTOS, Ariel Pinheiro dos. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONSTRUÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DAS USINAS HIDRELÉTRICAS NO BRASIL: mecanismos de prevenção de impacto e qualificação dos danos ambientais. In: **XXVI Encontro nacional do CONPEDI BRASÍLIA – DF**. GARCIA, Marcos Leite; GROTH, Terrie R. (Coords.). Direito e sustentabilidade II. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 107-125.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; OLIVIERA JUNIOR, José Alcebíades de. Democracia deliberativa e corrupção: a busca pelo agir comunicativo no Poder Público. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 126-153, jul. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27481>. Acesso em: 11 jan. 2019.

Recebido em: 4 mar. 2019.

Aceito em: 5 jul. 2019.

# MARIA - INTERDITADA E ESTERILIZADA: REFLEXÕES JURÍDICAS ACERCA DO TRANSTORNO MENTAL

**Luthianne Perin Ferreira Lunardi**

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo (URI), Rio Grande do Sul.  
*luthianne@san.uri.br*

**Taciana Damo Cervi**

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Santo Ângelo (URI), Rio Grande do Sul.  
*taciana@san.uri.br*

Alguém devia ter caluniado Josef K., porque foi preso uma manhã, sem que ele houvesse feito alguma coisa de má.

Kafka, O Processo

**RESUMO:** O estudo investiga os interesses envolvidos no deferimento do pedido de interdição e de esterilização compulsória, por meio de laqueadura tubária, em Maria, pessoa com deficiência mental. Inicialmente, relata-se o caso demonstrando as condições em que foi autorizada a laqueadura de Maria. Posteriormente, contextualiza-se a situação vivenciada por Maria na doutrina de direitos humanos em que se percebe a violação da liberdade e intimidade da deficiente, bem como a inobservância dos preceitos bioéticos de consideração dos interesses da paciente diante de procedimentos médicos. Ao final, a investigação promove análise da guinada legislativa propiciada pela Convenção de Nova York e do correspondente Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Brasil, ao considerar os deficientes como pessoas capazes, proibindo a correspondente esterilização compulsória. A investigação adota como método de abordagem o hipotético/dedutivo e de procedimento, o histórico/análítico.

**PALAVRAS-CHAVES:** Esterilização compulsória. Deficiência mental. Direitos humanos.

*Maria – interdicted and sterilized: legal reflections about mental disorder*

**ABSTRACT:** The study investigates the interests involved in the granting of interdiction and compulsory sterilization claims, through tubal ligation, in the case Maria, a person with mental disorder. Initially, the case is narrated showing the conditions in which was authorizes Maria's ligation. After that, its contextualized the situation lived by Maria in the doctrine of human rights in which is perceived the violation of freedom and intimacy of the disabled person, as well as the lack of observation of the bioethical standards of the consideration of interests of the patient facing medical procedures. Finally, the investigation promotes the analysis of the legal turning point given by the New York convention and the correspondent Statute of the Person with Disability in Brazil through the consideration of disabled persons as capable persons, prohibiting the correspondent compulsory sterilization. The investigation adopted as an approach method the hypothetical/deductive and as procedure, the historic/analytical.

**KEYWORDS:** Compulsory sterilization. Mental disability. Human rights.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa se debruça sobre julgamento que deferiu a interdição e laqueadura compulsória de uma cidadã brasileira, neste estudo denominada Maria. O trabalho encontra pertinência diante dos argumentos que justificam o procedimento de esterilização considerando o contexto legislativo da época e as recentes alterações promovidas pela internalização de compromissos internacionais.

Para tanto, questiona quais os interesses observados no deferimento do pedido de esterilização de Maria, pessoa com deficiência mental. Com isso, aborda inicialmente, a análise do processo envolvendo o caso de interdição e esterilização de Maria, feita por meio de laqueadura tubária ou ligadura de trompas.

Posteriormente, investiga o contexto bioético e de direitos humanos para a contextualização do julgamento e, por derradeiro, o trabalho se dedica à compreensão dos reflexos da Convenção de Nova York nas questões atinentes à esterilização de pessoa com deficiência mental no Brasil, observando a legislação atual do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

### 1. MARIA, UMA MULHER MENTALMENTE DEFICIENTE E INTERDITADA (ACÓRDÃO Nº 70061015814/TJRS)

M.F.S.N., neste estudo designada Maria, maior e em idade reprodutiva, teve uma filha aqui nominada Laura e, quanto a esta, não dispensa qualquer cuidado. Oportunamente relatou viver um relacionamento amoroso sem ao menos precisar quem é o suposto namorado, tendo também relatado que se relaciona com diversos namorados.

Neste contexto, Maria apresenta comportamento agressivo frequente, tendo sido diagnosticada com transtorno depressivo bipolar sem controle, pois ainda que sua mãe esteja comprometida com a administração dos medicamentos pertinentes nos horários devidos, ressalta-se a dificuldade de êxito em razão do comportamento agressivo decorrente do transtorno, como também, do acesso precário e interrompido ao medicamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde. Maria recebe benefício previdenciário pois no devido processo obteve provimento por ser considerada inapta para o exercício de qualquer atividade laboral em razão de sua situação psicológica.

Em razão desses fatos, S.S.N, nesta pesquisa denominada Sônia, mãe de Maria, em 30/01/2012 ingressou com processo judicial de interdição desta e intervenção cirúrgica de laqueadura tubária, bem como de guarda da filha menor para a tia de Maria, J.S.N., denominada Joana, que possui relação de afinidade com a menina.

A Defensoria Pública foi nomeada curadora especial de Maria no processo. A primeira defesa realizada deu-se por negativa geral, ou seja, nem mesmo restou analisada a questão de fundo imbricada e relacionada aos direitos humanos ou de cidadania, bem como a questão principiológica concernente.

O conjunto probatório foi composto de interrogatório em juízo (fls. 49-50), do laudo médico pericial (fls. 70-75) e do estudo social realizado (fls. 93-94). Por sua vez, o Ministério Público manifestou-se pelo deferimento da ação em sua totalidade, dada a situação concreta de Maria.

A sentença foi procedente em sua totalidade, conforme se vê a seguir:

Sendo assim, merece prosperar a pretensão apresentada na inicial, uma vez que devidamente comprovado ser a demandada totalmente incapaz de exercer, por si só, os atos da vida civil, aliado ao fato de que a curadora provisória é mãe da requerida – enquadrando-se nas hipóteses previstas no art. 1768, inciso II, do CC -, assim como é pessoa adequada para ser curadora da requerida, consoante se extrai do estudo social realizado. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2014, fl. 105).

Diante disso, a Defensoria Pública recorreu alegando a violação dos direitos humanos de Maria, bem como dos princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, arguindo ainda sobre o caráter extremo do procedimento pois, antes da laqueadura outros métodos de controle reprodutivo existem como forma de prevenção ou mesmo métodos contraceptivos menos invasivos e que poderiam propiciar a mesma finalidade.

O Ministério Público, ciente das arguições e, no sentido de proteger os direitos humanos da incapaz, afirmou que no caso concreto em debate o melhor a se fazer é desprover o apelo, mantendo a decisão de primeira instância na sua integralidade.

A Relatora Desembargadora manifestou-se no sentido de reconhecer a divergência doutrinária acerca da discussão sobre a violação de direitos da interdita, no entanto, analisando o caso concreto, entendeu que a medida requerida se constitui na melhor forma de proteção da futura criança e da própria interdita:

Como não considerar a alternativa de proteger a incapaz, evitando gestações indesejadas e, anunciadamente, conturbadas, considerando sua *vida sexual promíscua e desregrada*? Como consentir que uma jovem impossibilitada permanentemente de cuidar de si mesma gere filhos que, certamente, ficarão abandonados à própria sorte, em atitude que põe em risco a sua própria saúde, pois certamente não haverá adesão ao pré-natal? [...] “na compreensão de que a vida é mais rica do que a lei, e muito mais dinâmica do que o processo de edição das normas”. (RIO GRANDE DO SUL, TJRS, 2014, grifo nosso).

A decisão foi seguida pelos demais Desembargadores que, de forma unânime, negaram provimento ao recurso autorizando a realização do procedimento, bem como a interdição da incapaz e o deferimento da guarda da menor à tia. A comprovação da realização do procedimento foi juntada em 14/08/2015, sendo que nada mais foi arguido ou requerido, tendo, posteriormente, o processo sido baixado. De modo breve, este é o relato do caso que deferiu a laqueadura na incapaz tornando-a estéril.

A partir do relato e colhendo o ensejo de que “a vida é mais rica do que a lei”, conforme referido pela Relatora Desembargadora, segue-se à análise jurídica do caso na ótica de direitos humanos e de reflexões bioéticas.

## **2. DIREITOS HUMANOS E BIOÉTICA: REFLEXÕES JURÍDICAS**

### **ACERCA DO TRANSTORNO MENTAL: CASO DE MARIA - INTERDITADA E ESTERILIZADA**

O modo como o Estado vislumbra a deficiência repercute diretamente sobre as políticas públicas em saúde. Na Grécia antiga a “desrazão” foi considerada um privilégio por pensadores como Sócrates e Platão que destacaram a loucura como questão divina e mística. Para eles, homens privilegiados poderiam diretamente acessar verdades divinas. (GALENDE; KRAUT, 2006).

Gradativamente, a loucura se distancia do místico e a partir do Renascimento passa a ser vislumbrada como representação do mal. Nesse sentido, constata-se a obra de Erasmo de Roterdã

- *Elogio da Loucura*, que representou crítica severa à loucura. Durante a Idade Média, os loucos foram retirados do convívio em sociedade experimentando a exclusão. (FOUCAULT, 2008).

A partir disso, a loucura se torna objeto do saber médico e recebe a nomenclatura de doença mental. Surgem os hospitais como espaços terapêuticos, de implementação de medidas disciplinares e de vigilância. Nesse aspecto, houve a implementação de vigilância e registro constante para a efetividade ao tratamento do doente mental e a nova ordem estabelecida (FOUCAULT, 1979).

Philippe Pinel tornou-se o expoente médico no século XVIII, responsável pela teoria da liberdade de movimentos questionando a utilização das correntes e inserindo tratamentos morais. Segundo Pinel, a possibilidade de movimentos por si só, promovia melhoras aos doentes mentais, o que deu início ao processo de cientificação dos tratamentos. Deste modo, a desconstrução do conceito de doença mental aconteceu no período pós-guerra a partir do questionamento sobre o modelo hospitalocêntrico sinalizando reformulação no sentido da desinstitucionalização. (FOUCAULT, 2002).

Atualmente, a nomenclatura médica utilizada é a de *transtorno mental* para promover abordagem diagnóstica descritiva, isto é, reconhecível pelos sintomas ou comportamentos. A OMS apresenta toda a classificação médica acerca dos transtornos mentais, oriunda não de uma causa determinada, mas de fatores biológicos, psicológicos e, sobretudo, socioculturais (OMS, 1993).

Assim, a entidade define como transtornos mentais os estados de depressão caracterizados por sentimentos persistentes de tristeza, desânimo, fadiga; os estados de mania, apontados pela irritabilidade, ideias de grandiosidade, atividade aumentada, pensamento e fala acelerados e sono diminuído. Ainda, a OMS refere como transtorno mental a ansiedade exagerada, medos irracionais; outro transtorno apontado é a esquizofrenia, caracterizada por alucinações auditiva, visual, gustativa ou olfativa. (1993).

Em tais rumos contextualiza-se o caso de Maria, especialmente no que toca à delicada questão referente às funções reprodutivas das pessoas com deficiência mental tendo em vista o aparente conflito de interesses em tela.

Maria, a despeito de ser considerada uma pessoa com deficiência, é uma cidadã brasileira e, por isso, dotada de todos os direitos atinentes aos demais cidadãos. Nesse mote, cabe destacar a complexidade de direitos constantes na carta constitucional brasileira. Destaca-se a consideração dos direitos humanos e liberdades consagradas, pois a Constituição Federal brasileira possui todas as gerações (ou dimensões) dos direitos humanos incluídas em seu bojo. Desde os direitos de liberdade, como direito à vida, liberdade de expressão e patrimônio; direitos de igualdade, sociais, culturais e econômicos, como direito ao trabalho, previdência, direito à educação e saúde; e os de terceira geração, chamados de solidariedade ou fraternidade, como direito à paz e ao desenvolvimento.

Sarlet observa que os direitos humanos incluídos nos ordenamentos jurídicos pátrios passam a ser denominados de direitos fundamentais ou direitos humanos fundamentais, uma vez que representam aqueles direitos que foram considerados fundamentais pelo determinado Estado e que merecem ter guarida constitucional. (2007)

Nesse mesmo sentido, é importante mencionar que os direitos de cidadania, na atualidade, representam o conjunto dos direitos humanos, destacando que sem direitos humanos protegidos, não há como a cidadania prosperar e sem a proteção dos direitos do cidadão, os direitos humanos não existem na esfera concreta.

Conforme Bobbio afirma, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (1992, p. 24, grifo nosso). Assim, a proteção desses direitos mostra-se de grande importância e as lutas históricas sempre se deram no sentido de buscar a proteção de mais direitos.

Nesse sentido, tratando da cidadania como sinônimo do conjunto dos direitos humanos, Bertaso observa que:

Em sua dinâmica, e apesar da dicotomia, ainda afirmada entre os direitos humanos e direitos do cidadão, a concepção moderna de cidadania civil, política, social e solidária, vai tornando-se sinônimo do conjunto dos direitos humanos. Transita-se da ideia do indivíduo, singularmente concebido, primeiro sujeito de direitos, para a ideia de entes coletivos que transcendem o indivíduo, como novos personagens e novos sujeitos de direitos, voltados a exercer e realizar a cidadania de forma mais ampla. (2002, p. 423)

Ainda, deve-se destacar que cidadania deve representar ideais de alteridade, respeito, tolerância, empatia, inclusão. Nesse sentido, compreende-se a cidadania como reconhecimento social, inclusão, dignidade para todos sendo condição base para uma sociedade na qual os direitos funcionam como referencial ético-jurídico da sociedade de cidadãos(ãs). (BERTASO; BERTASO, 2015, p. 50-1).

Cidadania também representa participação, ter voz e vez. É participar da tomada de decisões, ter seus anseios ouvidos e, mais do que isso, acolhidos ou, ao menos, respeitados. A cidadania constrói-se com a participação popular. Assim, é possível perceber que onde não há respeito aos direitos humanos, onde não são dadas condições para a concretização desses direitos, não existe como a cidadania prosperar e se mostrar eficiente. Não existe como o cidadão sentir-se pleno em seus direitos e deveres onde não há garantias de que ele possa efetivamente exercer seus direitos e viver com dignidade, onde a pessoa humana seja na verdade subcidadão. (SOUZA, 2018).

Percebe-se que Maria, no contexto trazido aos autos analisados, foi considerada como uma subcidadã. Ou seja, ela não teve voz, nem vez. Sua opinião foi totalmente desconsiderada na tomada de decisões, nem ao menos foi questionada sobre a possibilidade de utilização de métodos contraceptivos. Na caminhada histórica pelo reconhecimento de direitos, percebe-se que algumas pessoas sempre tiveram mais acesso aos seus direitos que outras. Nesse caso, mesmo que o direito à igualdade esteja presente desde as primeiras declarações de direitos (art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789), alguns foram relegados ao segundo plano, e esse é o caso relativo à deficiência mental, tradicionalmente denominado como “loucura”.

A matéria é delicada em razão dos registros históricos de esterilização compulsória como por exemplo, os verificados durante a 2ª Guerra Mundial a partir da ascensão da ideologia nazista que propagava a purificação da espécie, o que seria possível por procedimentos de esterilização compulsória nos campos de concentração. Nesse sentido, Hitler refere em sua obra “*Mein Kampf*”:

A exigência de que os deficientes sejam impedidos de propagar uma prole de deficientes como eles é uma exigência da mais clara razão e, se sistematicamente executada, representa o mais humano dos atos da humanidade. Poupará milhões de desafortunados de sofrimento desmerecido e conseqüentemente levará a uma melhoria da saúde como um todo (1983, p. 274).

A ideologia nazista conseguiu adesão com a promessa de construção de um mundo de beleza e perfeição alcançado mediante o melhoramento da espécie humana com a total exclusão

de judeus, ciganos, homossexuais e pessoas com qualquer deficiência. Os propósitos das medidas de esterilização compulsória foram propiciados pela política eugenista nazista. (ARQUITURA DA DESTRUIÇÃO, 1989).

Tais atrocidades foram objeto de julgamento em Nuremberg e como resultado surgiu o Código de Nuremberg que estabeleceu os preceitos norteadores da pesquisa científica com seres humanos e das práticas em saúde. Muito embora suas diretrizes tenham adquirido amparo legal apenas nos anos de 1970 com a Declaração de Helsinque, o documento consolidou a autonomia do participante da pesquisa, caracterizada pelo devido esclarecimento dos objetivos da pesquisa, bem como os riscos e benefícios decorrentes; ainda, a garantia de beneficência, isto é, que o participante da pesquisa possa observar benefícios decorrentes do experimento, e também, a justa distribuição dos benefícios com a observância do princípio da justiça.

A temática pode ser encontrada na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO de 2005 - DUBDH. Conforme destaca o artigo 7º “a autorização para [...] prática médica deve ser obtida no melhor interesse do indivíduo envolvido e de acordo com a legislação nacional [...]”. O documento ainda destaca que “o indivíduo afetado deve ser envolvido, na medida do possível, tanto no processo de decisão do consentimento assim como no de sua retirada”. (UNESCO, 2005).

Nesta senda, oportuna a consideração acerca do princípio da beneficência, tido como o dever de promover o bem do paciente por meio do procedimento (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002) e, ainda, da observância do termo de consentimento livre e esclarecido que deve ser assinado pelo paciente legitimando sua voluntariedade na esterilização cirúrgica. O referido apresenta-se como reflexo do princípio bioético da autonomia, que preceitua o conhecimento sobre os riscos e benefícios inerentes ao procedimento. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013).

Deste modo, busca-se proteger o sujeito da realização de uma intervenção sem a sua autorização ou no desconhecimento das consequências do praticado. Para os autores, a prática de um ato deve preencher os requisitos de intencionalidade, entendimento e ausência de coerção. Especificamente com relação às pessoas com deficiência mental que não podem exercer sua autonomia de forma plena e livre, o entendimento e a inexistência de coerção são elementos que variam, dependendo da complexidade da deficiência mental e do contexto familiar verificado.

Esta análise implica considerar que no caso em comento, a laqueadura de trompas surge como medida radical e, ainda, percebe-se que no caso concreto não vislumbrou a melhor conduta para a paciente dada a existência de diversos métodos contraceptivos alternativos como dispositivos intrauterinos e aplicações do medicamento via intramuscular, com um mínimo de reações adversas.

O contexto evidenciado pela perícia destaca quadro de transtorno mental que pode ser controlado mediante o uso de medicamentos adequados e em conformidade com a prescrição médica (fls. 72). Entretanto, a família relata a insuficiência no fornecimento dos medicamentos e, a dificuldade de controlar o transtorno de Maria, bem como sua agressividade.

Deste modo, a esterilização de Maria surge como medida tranquilizadora para a família e para o Estado, entretanto, em nada contribui para a qualidade de vida da paciente que poderia evitar os infortúnios do procedimento se recebesse o devido acompanhamento do Estado de modo transdisciplinar, nos centros de atenção psicossocial. Assim, enquanto poderia ser enfrentada a questão de fundo para a problematização do atendimento em saúde enquanto dever, nota-se o raciocínio elaborado sobre a saúde enquanto direito.

Em geral, percebe-se argumentos na senda da autoproteção destas pessoas que em razão da própria deficiência poderiam causar riscos à própria saúde. De outra banda, refere-se também

a proteção atinente ao grupo familiar. Neste contexto, o Estado deve respeitar a autonomia da pessoa com deficiência mental, “salvo nos casos em que o exercício livre do planejamento familiar cause mal a si mesmo ou outrem, ou se existir absoluta incapacidade de compreensão dos atos”. (ALBUQUERQUE, 2013, p. 21).

Não há dúvidas de que a situação vivenciada por Maria e sua família é de alta complexidade, caso em que é percebida significativa colisão de direitos. Expressões como “vida sexual promíscua e desregrada”, conforme se observa na manifestação da desembargadora relatora, permitem questionar se esta seria a fundamentação adequada para justificação da autorização de esterilização compulsória.

Nota-se a incongruência da medida e a fundamentação esboçada a partir da bioética principialista que orienta a realização de procedimentos em saúde de acordo à beneficência, ou seja, em conformidade com o melhor interesse e bem-estar do paciente. Por óbvio, o justo acesso aos medicamentos e o controle sobre o transtorno diagnosticado para viabilizar convivência harmônica, não constituíram objeto de análise e tutela por parte dos julgadores.

Deste modo, é pertinente observar a tendência de aplicação irrestrita da medida demonstrando a fragilidade de proteção para os vulneráveis que encontra fundamento jurídico na Lei nº9.263 de 1996 referente ao planejamento familiar. Em seu 10º dispositivo constam as hipóteses em que a esterilização voluntária é permitida evidenciando que mesmo diante do desejo das pessoas em se submeter ao procedimento, apresenta-se legalmente restrita. (BRASIL, 1996). O mesmo entendimento também se encontra no artigo nº15 do regramento civil atual, ressaltando que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. O referido encontra-se dentre os direitos da personalidade, expressamente enunciados como intransmissíveis e irrenunciáveis e, ainda, objeto de reparação de danos diante de lesão ou ameaça de direito, conforme o artigo nº12. (BRASIL, 2002).

Diante de tais constatações, é possível afirmar o repúdio à esterilização compulsória no ordenamento jurídico brasileiro pois, enquanto cirurgia invasiva constitui-se em lesão à integridade física de modo irreversível.

Entretanto, o artigo 10º da Lei do Planejamento Familiar estabelece em seu 6º parágrafo a esterilização de pessoas absolutamente incapazes mediante autorização judicial, ou seja, de modo compulsório. Assim, constata-se a legalidade do procedimento ao tempo dos fatos narrados, mantendo-se questionável enquanto medida irreversível e quiçá, dispensável diante da afirmação da perícia de que o transtorno pode ser controlado mediante “tratamento rigoroso” com a administração do medicamento pertinente (fls. 72), e de que a incapacidade da paciente “a princípio é temporária, porque [...] embora se trate de caso grave, ainda não esgotou as possibilidades terapêuticas existentes para a condição” (fls. 74).

Assim, verifica-se a autorização e realização de laqueadura de trompas como medida de resolução ágil de acordo com o pedido da família, entretanto, verifica-se sua inconformidade com os interesses da paciente que não tem acesso às políticas públicas de saúde conforme preconiza a Carta Magna e a Lei da Reforma Psiquiátrica. Nesse paradigma, seria possível o controle do transtorno e igualmente o controle da fertilidade de Maria. Em tais termos, seria verificável o respeito à sua integridade e demais direitos humanos fundamentais.

### **3. ESTERILIZAÇÃO EM SITUAÇÃO DE DEFICIÊNCIA MENTAL NO CONTEXTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL**

A regulação da vida dos deficientes mentais já existia antes mesmo da codificação nacional, desde a vigência das Ordenações Filipinas de Portugal no Brasil. O Livro I, artigo 66, 3, referia o exercício do poder de polícia "contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes". Conforme Maurício Requião, encontravam-se sujeitos ao poder de polícia o embriagado e o louco que posteriormente integrariam o rol de incapazes na legislação civil. (REQUIÃO, 2016).

Assim, a primeira legislação brasileira relacionada às pessoas com deficiência mental data de 1903 com o Decreto nº 1.132 que inovou ao considerar a guarda dos bens dos alienados, a possibilidade de alta, a proibição de mantê-los em cadeias públicas e a inspeção dos asilos feita por comissão determinada pelo Ministro da Justiça. A legislação ainda garantiu as condições necessárias para o funcionamento do asilo, o pagamento das diárias dos doentes, a composição dos trabalhadores do Hospício Nacional e das colônias de alienados (BRASIL, 1903).

A incapacidade civil determinada pela Lei nº 3.071, de 1916, que estabeleceu em seu artigo 5º a total incapacidade das pessoas com sofrimento mental. (BRASIL, 1916). Apenas com a Constituição Federal de 1988 inicia-se perspectiva de mudança quando apresenta uma gama de direitos humanos em seu bojo. É possível perceber sua vocação para a garantia dos direitos de liberdade já no início da Carta Constitucional, em especial no art. 5º, quando traz a proteção do direito à vida, à liberdade de expressão, proibição da tortura, direito de propriedade, dentre outros. (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana constitui o princípio fundamental representando garantia para que o cidadão brasileiro seja tratado com dignidade, tendo seus direitos humanos fundamentais respeitados. Conforme já mencionado, também é constatada a proteção dos direitos sociais como direito ao trabalho, direito à saúde, direito à educação e previdência. De igual forma, tem-se os denominados direitos humanos de terceira geração, também chamados de solidariedade ou de fraternidade, como direito ao meio ambiente, patrimônio histórico, ao desenvolvimento e à paz.

A Declaração de Pequim de 1995, já identificou a restrição das aspirações femininas na existência diária, seja pela discriminação, injustiça social e econômica que impede a participação equitativa na sociedade. Por isso, o documento destaca como fundamental a proteção da família para que as mulheres possam se desenvolver e acessar os bens que a sociedade oferece. Enfatiza especialmente, as preocupações norteadoras das ações do Estado para a concretização dos direitos da mulher e, aponta o desrespeito aos direitos humanos com o cerceamento de informações completas sobre os serviços disponibilizados pelo Estado, de modo que por outro viés, percebe-se o atendimento médico impróprio que "redunda em cirurgias evitáveis e medicação imprópria". (ONU, 1995).

Diante de todo o verificado, apresenta-se o sopesamento de direitos garantidos constitucionalmente, no sentido de dar preferência ao planejamento familiar e à preservação da saúde da incapaz que não poderia, sozinha, segundo os laudos juntados aos autos, realizar uma contracepção eficiente e poderia até atentar contra a própria saúde ao ter uma gravidez indesejada.

Com base no laudo médico e na avaliação apresentados pela assistente social, foi determinado que a incapaz nunca seria curada da doença psiquiátrica acometida e, tampouco que a

mesma pudesse ser controlada uma vez que não tinha acesso ao tratamento contínuo, tornando-o inadequado aos resultados pretendidos. Tendo sido interditada, não houve qualquer interesse sobre as intenções da incapaz em ter filhos no futuro.

Na realidade, a incapaz foi muito pouco questionada ou ouvida sobre suas pretensões, de modo que as informações do processo constituíram o suporte fático determinante para que o magistrado prolatasse a sentença que deferiu a interdição de Maria e a correspondente laqueadura de trompas, sendo unanimemente mantida em segunda instância.

Observa-se nos laudos médicos que o transtorno que acomete a paciente pode ser controlado por meio do acesso ao medicamento de uso contínuo e da administração adequada. Nota-se a violação aos direitos de Maria quando lhe retiram a possibilidade de opção por outros meios contraceptivos temporários e de procedimento reversível.

Ainda, complementa-se acerca da violação de direitos no que toca à violação do próprio corpo mediante realização de procedimento irreversível e que pode trazer, também, consequências para a saúde da incapaz, como aumento nos sangramentos vaginais e aumento na depressão, doença essa já existente, podendo ser agravada. (DIAS, s.a, p. 104).

Recentemente, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA –, manifestou nota de repúdio à esterilização compulsória em razão da grave violação de direitos ocasionada pelo procedimento. Tal nota deu-se por meio do Ofício-Circular nº 22/2018/SEI/CONANDA/SNDCA/MDH. (CONANDA, 2018).

A razão do repúdio se refere ao *Caso Janaína*<sup>1</sup>, que não pediu para se submeter ao procedimento de esterilização e, mesmo assim, restou determinada sua realização de forma compulsória em razão da mulher estar gerando o oitavo filho, ser pobre e dependente química. Segundo o CONANDA, a nota de repúdio reconhece “essa prática como uma grave violação dos direitos humanos, baseada em concepções de controle de natalidade como forma de repressão à pobreza (CONANDA, 2018).

Ademais, diante do julgado procedente em primeira instância, na cidade de Mococa, São Paulo houve interposição de recurso que reverteu a situação, mas não pode produzir efeitos práticos em razão de que o procedimento já havia sido realizado. No referido acórdão, entendeu-se que, mesmo com a incapacidade da mulher, o procedimento não poderia ser realizado pois “inexiste notícia de interdição judicial, com submissão à curatela legal, tudo a indicar que a compulsoriedade da laqueadura representaria, aqui, grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana” (TJSP - Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360).

Nesse sentido, o procedimento caracteriza-se em medida extrema, podendo ser realizado quando a mulher, voluntariamente aceita submeter-se, dada a irreversibilidade verificada e a violação ao corpo da mulher, alterando sobremaneira suas características biológicas básicas. Constatou-se então, a coerção da medida como um ato estatal arbitrário, contrário aos direitos humanos e aos direitos da mulher como cidadã brasileira que não tem liberdade de escolha, afrontando sobremaneira sua dignidade.

Contemporaneamente percebe-se a guinada em torno do entendimento de deficiência mental a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015, que estabeleceu a capacidade plena da pessoa deficiente, inclusive para conservar sua fertilidade vedando a esterilização compulsória conforme artigo 6º, inciso IV. (BRASIL, 2015).

---

<sup>1</sup> MENDES; VIVIANI, 2019.

O entendimento é promovido em face da Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, ratificada pelo Brasil em 2008, obtendo a equivalência de Emenda Constitucional, por meio do Decreto Legislativo 186, de 09 de julho, e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Assim, o Brasil firmou compromisso no sentido de providenciar medidas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todos os aspectos da vida social. Observa-se no teor do artigo 23 da Convenção o reconhecimento do “direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes”, decidindo ainda sobre “o número de filhos e o espaçamento entre esses filhos e de ter acesso a informações adequadas à idade e à educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos”. (BRASIL, 2015).

Diante deste novo contexto internalizado pelo Brasil, as pessoas deficientes não são sempre consideradas incapazes ou mesmo relativamente capazes, conforme pode ser observado na alteração do artigo 3º do Código Civil (BRASIL, 2002), dependendo do caso concreto (apenas quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela (art. 84, § 1º, Lei nº 13.146/2015). Desse modo, diante de tal mudança legislativa devem estar integradas e, em sua autonomia, exercendo os direitos reprodutivos, bem como o planejamento familiar.

Nesse mote, nota-se incentivo e estímulo à autonomia da pessoa com deficiência mental para integrá-la, inclusive no mercado de trabalho, com o pressuposto de que afastando as barreiras sociais todas as pessoas com deficiência conseguirão ser incorporadas ou incluídas socialmente. Entretanto, percebe-se circunstâncias em que tais esforços demonstram-se inúteis, como nos casos severos de deficiência mental. Em tais rumos, Diniz ressalta a prevalência do paradigma da solidariedade e interdependência em razão da extrema vulnerabilidade. (2003, p. 4). Com esse viés, a proteção à pessoa deficiente tem de considerar a prática do silêncio por parte de pessoas e, até mesmo instituições que conhecem situações de abuso e nada referem, o que contribui para a impunidade.

Entretanto, a partir dos reflexos internos da Convenção de Nova York, os julgados mais recentes estão impedindo a realização da laqueadura tubária, como pode ser vislumbrado:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CURATELA. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA REALIZAÇÃO DE LAQUEADURA TUBÁRIA EM PESSOA SUBMETIDA À CURATELA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ALTERAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL PROMOVIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

SUBMISSÃO À CURATELA QUE NÃO IMPLICA A ABSOLUTA INCAPACIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE ESTERILIZAÇÃO COMPULSÓRIA (Apelação Cível Nº 70072208580, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 09/03/2017)

Observa-se a congruência do julgado com os preceitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ainda que diante do mesmo contexto, no Estado de São Paulo, o Tribunal tenha reformado sentença que julgou improcedente o pedido de realização de laqueadura tubária, veja-se:

AÇÃO ORDINÁRIA – Saúde pública – Pretensão de realização de cirurgia de laqueadura tubária em pessoa absolutamente incapaz – Possibilidade – Quadro de saúde irreversível – Ausência total de capacidade de se autodeterminar, inclusive sexualmente – Dever de assistência à saúde e de atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana – Laudo médico recomendando a adoção da medida – Precedentes – Ação julgada improcedente em primeira instância – Sentença reformada – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0000134-13.2013.8.26.0312; Relator (a): Leme de

Campos; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Juquiá - Vara Única;  
Data do Julgamento: 05/03/2018; Data de Registro: 12/03/2018)

O disposto na ementa considerada aponta para a consideração do procedimento de modo compulsório a partir do dever de assistência em saúde. O mesmo é observado na situação de Maria, conforme relato supra, de modo que a medida aparece como solução para as possíveis consequências das circunstâncias vividas por Maria, enquanto espera-se que medidas globais sejam providenciadas, como por exemplo a assistência em saúde mental por meio dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPs, como clínicas para o incentivo à autonomia, responsabilização e protagonismo na trajetória de tratamento, até mesmo para os casos severos e persistentes.

Nesse aspecto, é considerado o disposto pela Lei da Reforma Psiquiátrica – nº 10.216/2001, que estabelece serviços de saúde ofertados nos municípios de modo aberto e comunitário para o atendimento diário de acompanhamento clínico e a reinserção social por meio do acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários. (BRASIL, 2001).

No caso em análise, nota-se a possibilidade de controle sobre os transtornos que acometiam Maria por meio da atuação da assistência referida, inclusive no sentido de estimular o controle de fertilidade por métodos injetáveis, por exemplo. A esterilização não é a única solução contraceptiva para as mulheres dotadas de incapacidade mental, podendo haver recurso, por exemplo, a métodos de contracepção hormonal confiáveis [...]. Há ainda, métodos injetáveis, que asseguram um tempo maior de proteção contra o risco de engravidar. (MARTINS-COSTA, 2009, p. 338).

Nessa senda, a referência acima está de pleno acordo com as premissas do Estatuto ao assegurar que a deficiência em nada obsta o exercício do planejamento familiar e dos direitos reprodutivos, não havendo, portanto, empecilhos decorrentes da deficiência para a esterilização voluntária. Entretanto, a observância literal da norma pode significar no plano prático a autorização de esterilização em pessoa que nem mesmo compreenda os objetivos práticos do procedimento de laqueadura.

Em tais termos, as circunstâncias em que Maria foi submetida à esterilização compulsória demonstram a consideração de interesses outros, que não os da própria deficiente, quando perceptível o agravamento do transtorno diante da dificuldade na obtenção de atendimento em saúde mental e medicamentos devidos.

## CONCLUSÃO

A gradativa trajetória da humanidade na consagração de direitos incorpora as pessoas com deficiência mental apenas no século XXI. Denominadas loucas, desarrazoadas, tomadas pelo mal ou pelo divino, a deficiência mental encontra tutela de dignidade contemporaneamente com as alterações legislativas promovidas no Brasil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nesse diapasão, a pesquisa não tem a pretensão de encontrar razões para o total questionamento da medida de esterilização por laqueadura tubária pois diversas são as peculiaridades dos casos que cabe ao Poder Judiciário analisar. Especificamente, com relação ao caso relatado verifica-se a legalidade do procedimento de laqueadura, constatada a incapacidade da deficiente com o deferimento do pedido de interdição. O contexto do julgamento de Maria é complexo - teve sua deficiência agravada em virtude da ineficácia do sistema de saúde, especialmente no modelo de atendimento psicossocial em desconformidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil ao instituir a Lei de Reforma Psiquiátrica.

Na prática, a letra da lei não apresenta efeitos no que toca ao controle do transtorno mental por medicamentos de uso ininterrupto. A situação também impede a boa convivência familiar, de modo que Sônia não conseguia acompanhar o tratamento de sua filha Maria e o procedimento de laqueadura, ainda que radical, apresentou-se como solução para todo o contexto percebido, mesmo sem contribuir para o tratamento que a deficiente merece e espera.

Os argumentos referidos na decisão apresentam visão superficial da questão ao deferir o procedimento em razão da vida sexual desregrada de Maria que em juízo confirmou ter muitos namorados. Ainda, observa-se o fato da deficiente ser agressiva mesmo diante da manifestação do perito de que o controle sobre o transtorno dependeria do uso ininterrupto de medicamentos adequados. Nesse sentido, a própria deficiente destacou o desconforto aumentado quando não conseguia obter os medicamentos junto à rede pública de saúde.

Outro aspecto referido, tanto na primeira quanto na segunda instância, é o de proteger a incapaz da gravidez indesejada e de doenças sexualmente transmissíveis. Quanto ao último aspecto, além da dúvida, conclui-se pela incredulidade do uso de tal argumento. Claramente, o Poder Judiciário corrobora a lei do menor esforço deferindo pedido de esterilização em razão de deficiência mental sem questionar as razões da gravidade em que a deficiente se encontra, sem refletir ou considerar o atendimento de saúde ofertado à Maria e, tampouco, observar a pertinência de métodos alternativos de contracepção.

A esterilização compulsória observada demonstra total desconsideração dos direitos de Maria que apresenta lucidez ao referir que se torna agressiva diante do não acesso aos medicamentos. Nesse tom, considera-se a arbitrariedade do julgamento e a vulnerabilidade de Maria que contemporaneamente permanece acorrentada, sem o devido tratamento.

Por derradeiro, pondera-se a real evolução da tutela dos direitos das pessoas com deficiência mental que contrariamente à proposta de tratamento oitocentista de Philippe Pinel, ainda se encontram arrelhosados em face da retórica legislativa.

## REFERÊNCIAS

ARQUITETURA da Destruição. Direção e Produção: Peter Cohen. Narração: Rolf Arsenius (Sueco), Bruno Ganz (Alemão), Sam Gray (Inglês). Roteiro: Peter Cohen. 1989. 119 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gDqGT4xepjQ> Acesso em 20 fev. 2019.

ALBUQUERQUE, A. A. Esterilização compulsória de pessoa com deficiência intelectual: análise sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e do respeito à autonomia do paciente. *Bioethikos*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 1826, 2013.

BEAUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. **Princípios de Ética Biomédica**. 4.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. Respect for autonomy. In: BEAUCHAMP T. L., CHILDRESS, J. F. **Principles of Biomedical Ethics**. 7. ed. New York: Oxford University, 2013.

BERTASO, João Martins. A cidadania moderna: a leitura de uma transformação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (orgs.) et al. **Cidadania e Nacionalidade: efeitos e perspectivas: nacionais – regionais – globais**. Ijuí: Unijuí, 2002.

BERTASO, João Martins; BERTASO, Candice Nunes. Dialética de Sinergia entre Cidadania e Direitos Humanos. In: BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti; ROCHA,

Leonel Severo (org.). **Cidadania e Direitos Culturais**: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil. Santo Ângelo: FURI, 2015, p. 45-70.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Decreto nº 1.132 de 1903**. Reorganiza a assistência aos alienados. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html> Acesso em 30 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071 de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm) Acesso em: 30 maio 2019

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm). Acesso em: 30 maio 2019

BRASIL. **Decreto nº 6.949 de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.216 de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm). Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 26 maio 2019.

CONANDA. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2018/07/20636,37/NOTAPUBLICA-CONANDA-repudia-esterilizacao-compulsoria-e-destituicao-indevidade-poder-familiar.html>. Acesso em: 26 set. 2018.

DIAS, Daniel Spadoto. **Repercussões Clínicas e Psíquicas da Laqueadura Tubária Videolaparoscópica**. Disponível em: <http://www.iamassis.com.br/artigos/tese%20mestrado%20Dr.Daniel%20Spadotto.pdf> Acesso em: 26 set. 2018.

DINIZ, Débora. **Modelo Social da Deficiência**: a crítica feminista. Série Anis, v. 28, Brasília, jul. 2003.

FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão**: um caso de parricídio do século XIX. Traduzido por Denize Lezan de Almeida, 1979.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. Traduzido por José Teixeira Coelho Netto. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALENDE, Emiliano; KRAUT, Alfredo Jorge. **El Sufrimiento Mental**: el poder, la ley y los derechos. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2006.

HITLER, Adolf. **Minha Luta**. São Paulo: Moraes, 1983.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MENDES, Guilherme; VIVIANI, Luís. **Como um juiz e um promotor determinaram a esterilização de uma moradora de rua?** Disponível em: <https://jotainfo.jusbrasil.com.br/noticias/588430829/como-um-juiz-e-um-promotor-determinaram-a-esterilizacao-de-uma-moradora-de-rua> Acesso em: 9 out. 2019.

OMS. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID10**: descrições clínicas e diretrizes diagnósticas. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

ONU. **Declaração e plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. Pequim, 1995. Disponível em [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao\\_beijing.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf) Acesso em 19 out. 2018.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 6, p. 37-54, jan./mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Cível Nº 70061015814, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 24/09/2014. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70061015814&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70061015814&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: 26 maio 2019.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça**. Apelação nº 1001521-57.2017.8.26.0360. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/6/art2018061112.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Jessé. **Subcidadania Brasileira**: para entender o país além do jeitinho brasileiro. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

UNESCO. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005**. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf) Acesso em 30 maio 2019.

Recebido em: 5 jun. 2019.

Aceito em: 20 nov. 2019.

# OS EFEITOS DO ABANDONO NA PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

**Marcelo Sampaio Siqueira**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.  
*msiqueira@siqueiraibiapina.com.br*

**Natercia Sampaio Siqueira**

Universidade de Fortaleza (Unifor), Ceará  
*naterciasiqueira@yahoo.com.br*

**RESUMO:** O objetivo da pesquisa, considerando o déficit habitacional das grandes cidades, é analisar o instituto da perda da propriedade por abandono à luz não só do princípio da função social da propriedade, como dever atribuído ao proprietário, mas também do princípio da função social da cidade, como dever atribuído à Administração Pública. A análise da intenção do abandono da propriedade à luz do artigo 1.276 do Código Civil deve ser restritiva, embora a escorreita hermenêutica, em face dos princípios citados e do da eficiência, como elemento de uma interpretação mais justa, seja no sentido de buscar a simplificação dos requisitos para caracterização da perda da propriedade e a disposição desses bens para fins de regularização fundiária. Para o atingimento de tal finalidade utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo. Com a pesquisa atingiu-se aos seguintes resultados: o abandono da propriedade imobiliária, antes da aquisição da propriedade pelo Município, mas durante a fase arrecadatória, pode receber destinação provisória atendendo ao princípio da função social da cidade; a inadimplência fiscal e o prazo fixado pelo artigo 65 da Lei 13.465/2017 não induzem à presunção absoluta, em face do princípio da ampla defesa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Propriedade imobiliária urbana. Abandono. Arrecadação. Função social da cidade.

*The effects of abandonment on the loss of urban real estate property: an analysis in the light of the principle of the social function of the city*

**ABSTRACT:** The objective of the research, considering the housing deficit of large cities, is to analyze the institute of loss of property due to abandonment in the light not only of the principle of the social function of the property, as a duty attributed to the owner, but also of the principle of the social function of the city, as a duty attributed to the Public Administration. The analysis of the property abandonment intention in the light of the article 1,276 of the Civil Code must be restrictive, although the hermeneutic flow, in the face of the cited principles and the one of efficiency, as element of a fairer interpretation, whether in the sense of seeking to simplify the requirements for characterizing the loss of property and the disposition of these assets for purposes of land regularization. To achieve this purpose, the doctrinal and jurisprudential bibliographic research and the hypothetical-deductive method were used as methodology. With the research, the following results were achieved: the abandonment of real estate property, before the acquisition of the property by the Municipality, but during the collection phase, it can receive provisional destination in accordance with the principle of the social function of the city; tax defaults and the deadline set by Article 65 of Law 13.465 / 2017 do not lead to absolute presumption, in view of the principle of broad defense.

**KEYWORDS:** Urban real estate property. Abandonment. Collection. Social function of the city.

## INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida tem como tema a propriedade imobiliária urbana e a perda desta por ato voluntário do proprietário e as consequências, tendo também por fundamento o interesse da Administração, em face do abandono do referido bem.

Não constituem objeto do estudo os motivos que levam um proprietário a descartar uma propriedade imobiliária, mas o modo como se caracteriza a intenção do proprietário de abandonar e a forma mais eficiente de substituição deste, considerando o interesse da sociedade e ponderando a adequação das regras do Código Civil brasileiro e da Lei 13.465/2017 aos princípios da função social da propriedade e da cidade.

A matéria é em parte regulamentada pelo Código Civil, constituindo uma inovação, tendo por base o Código de 1916, que cita a renúncia e o abandono como formas de perda da propriedade, sem, no entanto, regulamentar a arrecadação de bem imobiliário abandonado pelos Municípios e Distrito Federal de bem imobiliário abandonado. Tal fato demonstra o interesse do legislador em viabilizar esse tipo de arrecadação, não só para fins de moradia, mas também para urbanização, em respeito aos princípios constitucionais da função social da propriedade e da cidade, podendo a questão ser analisada também à luz do Estatuto da Cidade, fazendo-se um diálogo.

O problema a ser respondido é de natureza objetiva, levando em consideração a grande quantidade de bens imóveis abandonados nas grandes cidades, mas sem a devida regularização ou aproveitamento, impedindo que sejam utilizados por pessoas sem moradia ou pela Administração Pública. A pergunta a ser respondida por este artigo é: Quais requisitos objetivos devem ser obedecidos para a declaração da perda da propriedade e a consequente aquisição ou posse dessa pela Administração Pública, com fins de concessão de habitação à população de baixa renda?

O método de pesquisa utilizado foi a metodologia dedutiva, pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Foram ainda abordadas legislações essenciais, direitos fundamentais e princípios, a fim de elaborar uma boa análise dos textos normativos e das jurisprudências para o esclarecimento do tema.

O trabalho foi dividido em cinco seções, iniciadas por esta seção introdutória: 2 Perda da propriedade imobiliária no Direito Civil brasileiro: abandono e renúncia; 3 Abandono da propriedade imobiliária na legislação da Península Ibérica: efeitos comparativos; 4. Abandono de imóvel urbano e função social da cidade: arrecadação. Segue-se o fechamento do artigo com a seção 5, intitulada Considerações finais.

## 1. PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: ABANDONO E RENÚNCIA

O assunto perda da propriedade não constitui uma novidade, estando disciplinado desde as Ordenações Filipinas<sup>1</sup>, passando pelo Código Civil de 1916, artigo 589<sup>2</sup>, e hoje regulado pelos artigos 1.275 e 1.276 do Código Civil, apresentando os seguintes tipos: por alienação; pela renúncia; por abandono; por perecimento da coisa; e por desapropriação.

A alienação constitui um modo de perda derivada da propriedade, já que para sua ocorrência necessita da vontade do proprietário de transferir a propriedade a outrem. A doutrina, neste artigo representada por Venosa (2019), enumera exemplificadamente os seguintes tipos de alienação: compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, etc. Já a desapropriação constitui um ato de príncipe da Administração Pública ao intervir na propriedade privada sem anuência de seu detentor, tomando-lhe a propriedade. O constitucionalismo moderno, originário das revoluções americana e francesa, erigiu o direito à propriedade em garantia fundamental, não impedindo, no entanto, a desapropriação, mas garantindo indenização por sua perda, mesmo que seja para utilidade pública.

Como exemplo cita-se o artigo 179, inciso XXII<sup>3</sup>, da Constituição do Império do Brasil, que possibilita a desapropriação, mas desde que haja indenização. Ao longo da história, já no século XX, esse instituto, que determina a perda da propriedade, sofreu evolução, em face principalmente do princípio da função social, positivada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil, podendo-se destacar a prévia indenização em dinheiro e a inexistência dessa, quando a desapropriação se der em face do descumprimento da função social (ex: imóvel utilizado para produção de entorpecente ilícito).

O perecimento da coisa constitui também uma forma de perda do objeto. O desaparecimento pode se dar por força natural ou pela atividade do homem, isto é, segundo Venosa (2019, p. 1114), “não existe mais direito, por lhe faltar objeto”. Quando o bem for de natureza imobiliária, a caracterização do perecimento se torna difícil, embora a transformação de uma área em zona de proteção, que não permita habitação ou aproveitamento econômico, pode vir a ser caracterizada como perecimento por atividade humana. Assim como um terremoto ou maremoto, em caso de inundação permanente, por exemplo, pode levar ao perecimento de uma propriedade imobiliária (força natural).

As outras duas formas de perda de propriedade reguladas pelo Código Civil, que também constituem objeto deste artigo, são a renúncia e o abandono, trazendo a legislação civil traços diferenciadores dos dois instrumentos, sua forma de efetivação e definição dos requisitos.

O artigo 1.275 do Código Civil, que trata da perda da propriedade, elenca a renúncia, além de outras mencionadas nesse dispositivo, como uma das hipóteses de perda da propriedade. Dessa maneira, a renúncia<sup>4</sup> é definida como um ato unilateral do proprietário, independentemente de

<sup>1</sup> Livro II, Título XXVI, § 17, que davam ao Fisco “todos os bens vagos, a que não he achado senhor certo”.

<sup>2</sup> Vide Bevilacqua (1958, p. 103), que atesta, ao comentar o artigo 589 do Código Civil de 1916: “O abandono, porém, não se presume. Deve resultar de atos que o indiquem de modo positivo.”

<sup>3</sup> Constituição de 1824: “Art. 179 [...] XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indenmisação.”

<sup>4</sup> Para elucidar o que foi dito, Miranda (1983, p. 125) afirma que “A renúncia ao domínio ou a qualquer direito real importa renúncia às pretensões e ações. Porém é renunciável o domínio sem algum dos seus elementos, como o usufruto.”

aceitação de qualquer parte, por meio do qual apresenta, de forma expressa, a sua vontade de não mais permanecer com o bem, abdicando do seu direito sobre a coisa<sup>5</sup>.

Interessante registrar que a renúncia só produzirá seus efeitos a partir do registro do instrumento renunciativo na serventia imobiliária. Logo, para que a renúncia reste configurada se faz necessário: a intenção do proprietário em renunciar (ânimo), o ato renunciativo, representado por uma escritura, e o registro do documento na serventia imobiliária.

Ainda seguindo o disposto nos tópicos do capítulo publicado por Siqueira e Matos (2019), observa-se que o abandono, como forma de perda da propriedade no Direito Civil brasileiro, inscrito no artigo 1.275, inciso III, do Código Civil, concretiza-se com a escolha do titular do bem de negligenciar a coisa, quer dizer, realiza-se por ato unilateral, que, apesar de volitivo, não exige qualquer ato formal. Isto é, o abandono se caracteriza pelo simples comportamento do titular, e é de difícil caracterização, já que, segundo Venosa (2019, p. 1113), “o fato de o proprietário não cuidar do que é seu por período mais ou menos longo não traduz *de per si* abandono”. Em síntese, o simples fato de não usar não implica abandono.

Isso posto, a figura do abandono, nos ensinamentos de Nader (2013), tipifica-se a partir do agrupamento de dois elementos: o objetivo (externo) e o subjetivo (interno). O elemento objetivo é estabelecido pela perda do interesse do proprietário em manter a coisa e pelo abandono da prática das ações relativas ao direito de propriedade. Por sua vez, o elemento subjetivo é delineado por um componente abstrato, a vontade ou *animus* do indivíduo de despojar-se do bem.

Diferentemente do que se observa na renúncia, para a configuração do abandono não se exige uma declaração expressa, registrada em Cartório, do titular da propriedade imobiliária concernente ao propósito de se desposar do imóvel. Todavia, não bastam o mero desfazimento físico do bem e a ausência de realização de atos pertencentes ao direito de propriedade, uma vez que o proprietário ainda permanecerá como titular do imóvel em razão do registro dele na serventia imobiliária. Como exemplo, as “casas de veraneio”, que embora passem a maior parte do tempo fechadas, inutilizadas, não se enquadram na situação de abandono, posto que o proprietário tem a discricionariedade de usar o imóvel, cujo poder jurídico alberga a liberdade de não o utilizar.

Ao se comparar as ordens civis de 1916 e de 2002, constata-se que a anterior trazia os dois institutos em único artigo, 589, deixando para a doutrina terreno árido para diferenciação. O atual Código traz como novidade o artigo 1.276, que permite ao intérprete avançar na diferenciação entre os institutos do abandono e da renúncia como casos de perda da propriedade.

O abandono, conforme já exposto, prescinde do ato registral, dispensa que torna a situação jurídica mais insegura, pois sua caracterização depende da comprovação do fato do abandono, inexistente no caso de renúncia, que se particulariza de forma *erga omnes* com o registro da renúncia no Cartório competente. O inconveniente desta forma de perda de propriedade é sem dúvida o custo envolvido com escritura e registro para caracterização da perda da propriedade.

Reiterando o exposto no Código Civil, o artigo 1.276 traz os requisitos para a arrecadação da propriedade caso o bem imóvel tenha sido abandonado e não ocupado. O primeiro ato seria o abandono (fato) propriamente dito (elemento subjetivo – *animus* de abandonar); o segundo ato estaria na não detenção do imóvel abandonado por nenhuma pessoa; e o terceiro ato seria o transcurso de prazo de três anos para que o Município ou Distrito Federal pudessem iniciar a incorporação desse em seu patrimônio (elemento objetivo – despojamento prolongado da posse).

---

<sup>5</sup> Como sugestão de leitura cita-se Siqueira e Matos (2019).

A caracterização do abandono é questão complexa, pois depende de análise exclusivamente fática, que provoca insegurança jurídica, já que muitas vezes a desocupação ou a não utilização dos atributos da posse nem sempre caracterizam o abandono. Para que haja o abandono tem que restar provada a desocupação, acrescida do ânimo de abandonar, da falta de cumprimento das obrigações fiscais e de outras obrigações civis, sem falar da questão temporal. A conjugação desses fatores pode levar à perda da propriedade pela arrecadação da Administração Pública.

Acrescenta-se que o abandono também pode levar à aquisição da propriedade por outra pessoa natural ou jurídica, caso a ocupação seja exercida por esta. Em síntese, a ocupação do bem abandonado por qualquer pessoa impede o início do processo de arrecadação, já que a ela será facultada a prescrição aquisitiva nos prazos determinados pelo Código Civil, passando a ter propriedade oponível *erga omnes*, constituindo uma forma originária de aquisição da propriedade.

Agora, caso o bem esteja efetivamente abandonado e não tenha sido ocupado por qualquer pessoa, inicia-se o prazo de três anos para a arrecadação do bem pelo Município ou Distrito Federal, se for o caso, após o qual a propriedade passaria à Administração Pública.

A intervenção do Estado pode ser fundamentada, nesses casos, no princípio da função social da propriedade e no princípio da função social da cidade, cujos parâmetros estão contidos no artigo 2º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que estipula a política urbana para controle de solo, sendo o abandono da propriedade imobiliária um efeito potencial de degradação do meio ambiente urbano.

As políticas urbanas, cujas diretrizes estão contidas na citada Lei, devem sempre proteger a infraestrutura urbana, coibir a existência de bens imóveis desocupados, em face de déficit habitacional e da imposição criada pelo próprio ordenamento de que toda propriedade imobiliária deve ter seu dono.

A regra do artigo 1.276 é dirigida, salvo melhor entendimento, especialmente à Administração Pública municipal e do Distrito Federal, nos imóveis abandonados existentes nos territórios respectivos, cabendo-lhes a fiscalização e o início da arrecadação. Nos imóveis situados nas zonas rurais, a competência para arrecadação seria da União, com a observância das mesmas etapas (requisitos) descritas anteriormente.

Nesse mesmo artigo, parágrafo segundo, estabelece-se uma presunção *jure et jure* quando há cessação dos atos de posse acompanhada de falta de satisfação dos ônus fiscais relativos ao bem, abrangendo o não recolhimento do imposto predial e territorial urbano ou rural, a depender do tipo de imóvel e credor tributário.

Essa presunção absoluta vem originando intensos debates perante os pensadores do Direito Civil brasileiro, sendo alvo de quatro enunciados das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>6</sup>. A análise dos seus textos demonstra a tentativa do condicionamento dessa presunção à existência de um devido processo legal, em que o interessado possa demonstrar a não cessação da posse, destacando-se o enunciado 242, e a necessidade de apuração de cumprimento ou não do princípio da função social para caracterização da posse impeditiva. Em síntese, não é o simples abandono e a falta de pagamento de tributo, mas a existência de um processo administrativo de arrecadação.

---

<sup>6</sup> Enunciados: 242 e 243 da III Jornada de Direito Civil; 316 da IV Jornada de Direito Civil; e 297 da VI Jornada de Direito Civil.

No campo da jurisprudência, o assunto ainda não foi escoreitamente delimitado, sendo que, ao se fazer uma pesquisa de jurisprudência no sítio: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), com os critérios de pesquisa: propriedade e abandono e perda e arrecadação, encontrou-se um único acórdão. A supressão da palavra arrecadação levou ao aparecimento de até seis acórdãos, nos quais o teor dos votos não levou ao enfrentamento interpretativo do parágrafo segundo do citado artigo 1.276.

Aspectos devem ser analisados ao longo deste artigo relativos ao processo de arrecadação, que será adstrito aos bens imóveis urbanos, sendo interessante a análise e conclusão acerca dos efeitos da arrecadação, caracterização do abandono, e o próprio direito de reivindicação do proprietário, tudo em face do princípio da função social da cidade.

## 2. ABANDONO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NA LEGISLAÇÃO DA PENÍNSULA IBÉRICA: EFEITOS COMPARATIVOS

Antes de aprofundar a pesquisa e apresentar as conclusões propostas neste trabalho, passa-se a fazer uma análise comparada do instituto do abandono em Portugal e Espanha, justificando a escolha no fato de o Direito brasileiro ter sua origem institucional na Península Ibérica.

O direito comparado se mostra como importante ferramenta para o conhecimento dos institutos jurídicos em análise, concluindo Vicente (2018, p. 18) que consiste “no ramo do direito que tem por objeto o direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas”. Adiante arremata: “Melhor se diria, pois, a fim de designá-lo, *comparação de direitos*”. Ainda citando o autor (VICENTE, 2018, p. 21), expõem-se duas importantes funções do direito comparado: a) “fator de enriquecimento cultural do jurista e de reforço do espírito crítico que dele se requer” (função epistemológica); b) “descoberta de soluções para os problemas postos pela regulação da convivência social” (função heurística).

A legislação civilista portuguesa, ao contrário do diploma brasileiro, não regula expressamente a figura da renúncia, mas tão somente a do abandono, que não deixa de ser uma perda voluntária do *corpus* pelo possuidor. O assunto é tratado no artigo 1267º, que regula a perda da posse, não existindo regra específica nesse diploma que indique de forma precisa a arrecadação desse bem pela Administração Pública, por exemplo.

Trata-se a discussão sobre a perda da propriedade de forma sistêmica pelo menos desde o Direito romano em face da necessidade dos bens de terem definidos sempre seus detentores, principalmente quando se tratar de bem imóvel, em face de sua importância patrimonial. A perda da propriedade deve ser seguida da aquisição por outrem, mesmo sendo de natureza originária. Para ilustrar o exposto, Tabosa (2007) leciona que a renúncia e o abandono (*res nullius*), como atos unilaterais de perda da propriedade, já eram objeto de atenção do jurista Ulpiano, citado no Digesto de Justiniano (século VI d.C.).

A doutrina lusitana, citando Santos Justo (2007), traz como modalidades de extinção da propriedade a: expropriação; perda da coisa; impossibilidade definitiva de exercício; abandono; renúncia; caducidade; não uso; e outras modalidades, como: contrato; usucapão e acessão.

O autor citado (JUSTO, 2007, p. 509) faz a distinção entre abandono e renúncia, descrevendo o primeiro como “um negócio jurídico unilateral não recipiando”, no qual o proprietário se afasta intencionalmente do bem, tornando a coisa *res nullius* e suscetível de ocupação por terceiro. Já o segundo seria “uma manifestação da faculdade de disposição reconhecida ao proprietário”. Adiante, explicita que há discussão na doutrina portuguesa sobre a viabilidade da renúncia de coisas imóveis, embora ateste que uma das teses para aceitação do instituto estaria

no artigo 1305<sup>07</sup> do CC Português, que tipificaria essa possibilidade em face da natureza subjetiva desse direito, cujo conteúdo possibilitaria, como defesa ao proprietário, renunciar sua propriedade.

O fato, conforme já mencionado, comprobatório de que o Código Civil Português não traz expressamente a figura da renúncia é que o abandono é tratado na parte do texto que regula a posse. Vieira (2016, p. 387) ensina:

Da renúncia deve distinguir-se o abandono. Este respeita unicamente à posse e traduz-se na perda voluntária do *corpus* pelo possuidor, originando a extinção daquela (art. 1267º, nº1 alínea a). No abandono o possuidor quebra o controlo material que tinha sobre a coisa, deixando de o exercer por opção própria. Naturalmente, o possuidor que abandona a coisa possuída renuncia à sua posse, mas a declaração de renúncia à posse sem perda de controlo material da coisa (*corpus*) não implica a sua extinção. O art. 1257º, nº1 é expresso ao dispor que a manutenção da posse supõe a mera possibilidade de actuação material. Aquele que declarou renunciar à posse mas continua com a coisa em seu poder, tem posse. Este é mais um trecho da separação entre os factos extintivos da posse e os factos extintivos dos restantes direitos reais.

A análise desse tema perante a citada doutrina portuguesa é interessante, pois mostra que o abandono é tratado por essa, com fundamento no artigo 1267º do CC Português, como fator extintivo da posse, enquanto a renúncia, não regulada expressamente pelo texto civil, seria um fato extintivo de direito real, como a propriedade.

Ao final, Vieira (2016) expõe que a renúncia se exterioriza por meio de uma declaração e, em se tratando de bem imóvel, estaria sujeita à forma de escritura pública (art. 80º, nº 1 do Código do Notariado). Em síntese, observa-se que a doutrina portuguesa estuda os dois institutos (abandono e renúncia) fazendo distinção entre ambos e que, ao contrário do que acontece no Brasil, o Código Civil lusitano de 1966 não regula de forma expressa a renúncia e o abandono é tratado como extinção da posse. Lembra-se de que, no Brasil, o abandono e a renúncia são tratados como tipos de perda da propriedade.

Assim como no Direito português, o Direito espanhol trata, no seu Código Civil de 1889<sup>8</sup>, o abandono como uma das possibilidades de perda da posse, não a ligando diretamente à perda da propriedade, embora aquela possa levar a esta, já que o uso constitui uma das faculdades da propriedade.

No artigo 462, o Código também determina que a posse de coisas imóveis e dos direitos reais não se entendem perdidas caso esse fato jurídico resulte em prejuízo de terceiros, a exemplo de credores do possuidor/proprietário que venha a abandonar seu bem.

Atualmente o assunto abandono da propriedade imóvel no reino da Espanha e sua consequente arrecadação deve ser também analisado à luz da Lei 33/2003, que trata do patrimônio da Administração Pública. No artigo 17<sup>9</sup> resta claro que a coisa sem dono pertence ao Estado. Logo,

<sup>7</sup> **Código Civil Português - Decreto-Lei 47.344/66: “Artigo 1305º (Conteúdo do direito de propriedade): O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.”**

<sup>8</sup> **Código Civil Espanhol - Real Decreto de 24 de julio de 1889: “Artículo 460.** El poseedor puede perder su posesión: 1.º Por abandono de la cosa. 2.º Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito. 3.º Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio. 4.º Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.”

<sup>9</sup> **Legislação espanhola – Ley 33/2003, de 3 de noviembre: “Artículo 17. Inmuebles vacantes.** 1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño. 2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquélla a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de

Os efeitos do abandono na perda da propriedade imobiliária urbana: uma análise à luz do princípio da função social da cidade

tendo por base a citada legislação<sup>10</sup>, o abandono físico da coisa por seu dono deve estar associado à vontade de abdicar de todos os direitos sobre a mesma. No entanto, em se tratando de bem imóvel, passa a formar parte do patrimônio do Estado.

A citada lei traz inúmeras regras para a Administração Pública espanhola adquirir onerosamente, ceder, arrendar, incorporar, administrar, entre outros institutos, bens públicos. No mesmo texto há escassez de regra acerca da forma como se dá a adjudicação de bem abandonado pela Administração Pública, não restando dúvida da necessidade do devido processo legal, em face do artigo 24 da Constituição espanhola, que trata da tutela efetiva e do direito de defesa.

Ao contrário da legislação brasileira, a lei espanhola não faz menção à renúncia, embora trate o abandono como perda da posse por ato voluntário, sendo requisito essencial a comprovação da vontade de abdicar. A conclusão é que a legislação brasileira trata de forma expressa e diversa as figuras da renúncia e do abandono, como tipos de perda da propriedade, e traz requisitos para a configuração do abandono, como por exemplo o aspecto temporal. Os ordenamentos da Península Ibérica não trazem a distinção entre os institutos, mas comungam com o princípio de que o abandono pode levar à perda da posse e consequentemente da propriedade e de que não deve perdurar o estado de indefinição acerca da propriedade imobiliária.

### **3. ABANDONO DE IMÓVEL URBANO E FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE: ARRECADAÇÃO**

Nos tópicos anteriores fez-se uma análise conceitual, histórica e comparativa do instituto do abandono como fato que leva à perda da propriedade, não sendo objeto deste trabalho tecer maiores comentários sobre a renúncia, embora também possa ser objeto de arrecadação.

No abandono, conforme visto, a perda da propriedade deve ser considerada como efetivada no momento do abandono efetivo, com o devido ânimo, mas a inexistência de um ato formal, como exigido pela renúncia, dificulta sua caracterização. Por outro lado, a adjudicação pela Administração Pública, observando a devida competência, só se dará ao final do período de três anos e respeitando o devido processo legal.

Acrescenta-se ainda o fato da falta de legislação local sobre o procedimento de arrecadação ou adjudicação do bem abandonado. Tomando por exemplo o município de Fortaleza, com quase dois milhões e setecentos mil habitantes<sup>11</sup>, fora menção genérica nos artigos 249 e 250 do Plano Diretor (Lei Complementar municipal nº 62 de 2009<sup>12</sup>, que repete em parte a regra do artigo 1.276 do CC), não há qualquer legislação que trate do processo de arrecadação de bens imóveis abandonados e sua destinação.

---

esta ley. 3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero. 4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.” (grifo nosso)

<sup>10</sup> Vide Lasarte (2019).

<sup>11</sup> estimativa de 2019 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE

<sup>12</sup> Lei Complementar municipal 62/2009: “Seção IX. Do Abandono Art. 249 - O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado como bem vago. Parágrafo Único - Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos da posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. Art. 250 - No caso de qualquer imóvel se encontrar na situação descrita no artigo anterior, o Município deverá instaurar processo administrativo para a arrecadação do imóvel como bem vago.”

Ainda tendo por espelho o município de Fortaleza, observa-se que esse possui uma das maiores densidades demográficas do País (8.393,1 hab./km<sup>2</sup> – estimativa IBGE de 2018)<sup>13</sup>. Ainda citando os números do IBGE referentes ao censo de 2010, constata-se que aproximadamente quatrocentas mil pessoas moram precariamente ou em favelas na referida cidade, o que caracteriza uma carência de habitação digna, considerando também a densidade demográfica, que demonstra grande população para uma pequena área territorial. Já o município de São Paulo, em pesquisa realizada em 2015 (SÃO PAULO [Cidade], 2015) e utilizando dados de 2010, atesta uma quantidade de 293.621 imóveis vagos ou ociosos. Em 2018, em reportagem do G1 (SANTO TIAGO; MURARO, 2018), atestou-se um déficit habitacional no maior município brasileiro de aproximadamente 358 mil novas moradias.

Os dados apresentados, considerando duas cidades bastantes adensadas e com grande quantidade de população vivendo precariamente, são interessantes para justificar a necessidade de se utilizar da arrecadação de bens imóveis abandonados como política de desenvolvimento social e para o cumprimento do princípio da função social da cidade.

Não constitui tarefa deste artigo analisar as razões que motivam um proprietário de imóvel urbano a abandonar sua propriedade, mas é fato que os imóveis desocupados permanentemente constituem um problema urbano, seja em consideração ao déficit habitacional, seja em relação à degradação ambiental provocada pelo bem abandonado decorrente do acúmulo de sujeira no local, por exemplo.

Partindo do pressuposto de que é dever do estado zelar pelo meio ambiente, mesmo o artificial, e da positivação da função social das cidades, torna-se necessária a adoção de medidas para diminuir o “estoque” de bens abandonados, passando a ser atribuição do Estado os atos profiláticos.

Quando a manutenção do imóvel desocupado, com aspecto de abandono, é gerada por especulação imobiliária, os municípios possuem meios para coibir essa prática, podendo aplicar o IPTU progressivo e até medidas de edificação compulsória, tudo em conformidade com o artigo 5º e seguintes da Lei 10.257/2001.

Ocorre que a manutenção do bem desocupado ou sem uso pelo proprietário para fins especulativos ou por descaso não implica abandono no sentido de perda da propriedade. Lembre-se de que para caracterização do abandono deve-se comprovar a cessação da posse, o ânimo de abandonar e o prazo de três anos, após o que poderá ter início o processo de arrecadação.

A dificuldade para comprovação dos citados requisitos, alinhada à fiscalização deficiente promovida pelos municípios brasileiros, faz com que a atividade de arrecadação dos bens vagos para fins de aquisição da propriedade seja quase inexistente. No caso da renúncia, estudada na seção 2, a caracterização seria mais fácil, pois essa prescinde da prática de um ato formal pelo renunciante mediante escritura, cujo registro levaria à perda da propriedade e à possibilidade de arrecadação imediata.

A falta de fiscalização e de normas reguladoras para fins de arrecadação de bens abandonados, aliada à inexistência de órgãos municipais imbuídos do propósito de cadastrar essas propriedades abandonadas, torna possível a abertura de processo administrativo arrecadatório, para que se proceda ao apossamento e às devidas notificações ao proprietário, respeitando-se o devido processo legal, ato não muito comum nas grandes cidades brasileiras

---

<sup>13</sup> Para fazer uma comparação, a cidade de São Paulo tem uma densidade de 8.054 hab./km<sup>2</sup> – estimativa de 2019 (SÃO PAULO, 2020).

Não resta dúvida que a solução das inquietações motivadores desta investigação passa não só pela análise do artigo 1.276 do CC, mas também de normas de natureza administrativa ligadas ao direito urbanístico, ramo do Direito que visa regular o urbanismo<sup>14</sup>, elevado ao status de ciência interdisciplinar.

Conforme já dissertado, é bastante comum a existência de imóvel desocupado, mas a perda da propriedade pelo abandono não se mostra um fato corriqueiro. A propriedade imobiliária, para Siqueira (2018), considerando o ordenamento brasileiro, é limitada pelos princípios da função social e econômica da propriedade<sup>15</sup> e da função social da cidade. O abandono de um bem imobiliário sempre vai significar, independentemente da adjudicação final, que a propriedade não é garantida constitucionalmente, gerando o dever para a Administração Municipal de requerer a implementação de medidas de adequação ou até arrecadação, respeitando o *due process of law*. A manutenção perpétua do status de desocupado para o bem, sob o argumento do direito exclusivo e subjetivo do seu proprietário, mesmo que não caracterize abandono, claramente privilegia um suposto direito subjetivo ao direito social e desconsidera não só o princípio da função social<sup>16</sup>, mas principalmente o princípio da função social da cidade dirigido ao Estado, que deve atuar nessas questões.

O princípio da função social da cidade encontra-se positivado no artigo 182 da CF, tendo a Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) complementado a norma referida, cujas diretrizes estão definidas no inciso I e seguintes do artigo 2º. O conteúdo desse é o cumprimento de um plano que permita o ordenamento do meio urbano de forma mais harmoniosa à população e com menor intervenção no meio ambiente natural.

A função social da cidade, conforme exposto em Siqueira (2018), expressa um preceito constitucional dotado de positividade e eficácia, que condiciona diretamente o desenvolvimento urbano da cidade. O condicionamento é no sentido de que toda intervenção urbanística, entre elas a forma de dispor do bem imobiliário promovida pelos particulares, deve atender ao princípio do bem-estar social.

O fato é que a desocupação ou o efetivo abandono de imóvel implica infração aos princípios da função social da propriedade e da função social das cidades, o que possibilita a atuação da Administração Pública. Isto é, o bem nesse estado passa a não ser garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, que assegura sob certas condições o direito de propriedade. No caso dos imóveis urbanos, dentro das políticas urbanas orientadas pelo artigo 2º da Lei 10.257/2001, o abandono autoriza o município a tomar medidas eficazes de proteção ao meio ambiente artificial, já que bem desocupado tem o poder de causar enormes prejuízos ao bem-estar das cidades, que no caso brasileiro sofrem com a falta de moradias ou com a falta de qualidade dessas, que não atendem, no tocante a falta e qualidade destas, ao mínimo existencial.

Recentemente surgiu no Brasil mais uma norma legal, cujo objetivo é a regularização fundiária urbana e rural. Está-se falando da Lei 13.465/2017, que, por exemplo, acrescentou o instituto do direito de laje como uma espécie nova de direito real, objeto dos novos artigos 1510-A a 1510-E, ao CC brasileiro. Entre outras regras dessa legislação, citam-se os artigos 64 e 65,

---

<sup>14</sup> Siqueira (2018, p. 87) afirma: "O urbanismo não é uma simples arte para tornar as cidades mais agradáveis, mas uma ciência interdisciplinar [...], contando com disciplinas, cujo objeto de estudo é compartilhado com outras ciências, como o Direito, a Economia, a Sociologia e a Ecologia (entre outras), cada uma com seu foco específico, mas contribuindo para a constituição de um todo, que é a correção das distorções nas concentrações habitacionais humanas. Para se chegar a esse fim, expõe-se, em face do interesse público, que o controle e planejamento urbano (atividade urbanística) é exercido pelo Estado, que passa a tomar as medidas necessárias por meio de atos de ordenação do solo, do sistema viário e da manutenção sustentável do meio ambiente, entre outros."

<sup>15</sup> Vide artigo 1.228 do CC e 182 da CF.

<sup>16</sup> Função social como direito, liberdade e garantia vide Canotilho (2003).

organizados no capítulo que trata da arrecadação de imóveis abandonados, cuja aplicação, a despeito de constituir uma legislação federal, é defendida também para os Municípios e Distrito Federal, estando suas normas em conformidade com o artigo 22, inciso I, da CF, mesmo considerando os interesses locais.

Além do mais, a Lei Federal em comento, que trata da questão da arrecadação de imóveis abandonados, não está regulando ou dando destinação a bens públicos pertencentes aos municípios, mas disciplinando apenas processo administrativo arrecadatório, considerando as normas do Código Civil já citadas. Logo, as regras em comento são aplicáveis aos Municípios e Distrito Federal, que podem complementá-las, considerando o artigo 30, inciso VIII, da CF.

Inovação digna de nota, trazida pela nova legislação, seria o reforço da presunção absoluta de abandono quando ocorrer inadimplemento fiscal igual ou superior a cinco anos<sup>17</sup>, assim como o disciplinamento do procedimento administrativo de arrecadação, cujo texto, inscrito no § 2º, inciso III, do artigo 64, determina a notificação e o exercício, se assim desejar, do direito de impugnação pelo proprietário, o que de certa forma já descaracteriza a presunção absoluta determinada pelo CC, artigo 1.276, e pela Lei 13.465/2017<sup>18</sup>.

Não confundir o prazo de cinco anos estipulado pelo artigo 63 com o prazo de 3 anos previsto no Código Civil. O primeiro seria requisito para iniciar o processo administrativo de arrecadação e se refere não ao tempo de abandono, mas de inadimplência fiscal, cuja caracterização depende também da comprovação de inexistência de oposição à cobrança fiscal. Já o prazo de três anos é referente à aquisição da propriedade pela Administração Pública deve ser observado para o início do processo administrativo de arrecadação.

Além do mais a chamada presunção absoluta não afasta o direito de o particular, em mora com o fisco, se opor à arrecadação. Logo, a citada presunção será na verdade relativa.

Imóvel abandonado, conforme lições de vários civilistas como Monteiro (2003) e Gonçalves (2013), constitui coisa de ninguém, e caso a arrecadação não seja contestada no prazo de três anos resta consolidada a propriedade do Município, no caso dos imóveis urbanos. Ressalta-se que a arrecadação só poderá ser realizada com o início do procedimento administrativo, comprovando-se quando de sua abertura a existência dos requisitos tratados no artigo 64 da Lei 13.465/2017 e a inexistência de qualquer tipo de posse por qualquer pessoa sobre a área.

<sup>17</sup> Prazo não fixado pelo artigo 1.276 do CC, o que constitui uma inovação.

<sup>18</sup> Lei 13.465/2017. "Art. 64. Os imóveis urbanos privados abandonados cujos proprietários não possuem a intenção de conservá-los em seu patrimônio ficam sujeitos à arrecadação pelo Município ou pelo Distrito Federal na condição de bem vago. § 1º A intenção referida no **caput** deste artigo será presumida quando o proprietário, cessados os atos de posse sobre o imóvel, não adimplir os ônus fiscais instituídos sobre a propriedade predial e territorial urbana, por cinco anos. § 2º O procedimento de arrecadação de imóveis urbanos abandonados obedecerá ao disposto em ato do Poder Executivo municipal ou distrital e observará, no mínimo: I - abertura de processo administrativo para tratar da arrecadação; II - comprovação do tempo de abandono e de inadimplência fiscal; III - notificação ao titular do domínio para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação. § 3º A ausência de manifestação do titular do domínio será interpretada como concordância com a arrecadação. § 4º Respeitado o procedimento de arrecadação, o Município poderá realizar, diretamente ou por meio de terceiros, os investimentos necessários para que o imóvel urbano arrecadado atinja prontamente os objetivos sociais a que se destina. § 5º Na hipótese de o proprietário reivindicar a posse do imóvel declarado abandonado, no transcorrer do triênio a que alude o art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), fica assegurado ao Poder Executivo municipal ou distrital o direito ao ressarcimento prévio, e em valor atualizado, de todas as despesas em que eventualmente houver incorrido, inclusive tributárias, em razão do exercício da posse provisória. Art. 65. Os imóveis arrecadados pelos Municípios ou pelo Distrito Federal poderão ser destinados aos programas habitacionais, à prestação de serviços públicos, ao fomento da Reurb-S ou serão objeto de concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse do Município ou do Distrito Federal."

Dois tópicos interessantes devem ser respondidos por este artigo relativos ao momento da perda da propriedade pelo proprietário que abandona<sup>19</sup> o bem imóvel e o momento de aquisição pelo Município ou Distrito Federal, no caso de imóveis urbanos. A questão é difícil.

Defende-se, em face da conclusão aceita há séculos no Direito brasileiro, que coisa abandonada é coisa de ninguém, a tese de que a perda da propriedade pelo particular ocorre no momento do abandono, devendo ser considerado o ânimo naquela oportunidade<sup>20</sup>. O fato de o particular poder contestar a arrecadação, caso reste provado que o ato constitui um abuso de direito, significa que o proprietário nunca abandonou ou teve a intenção de abandonar o bem, tornando indevida a arrecadação. Logo, na situação em que a oposição do proprietário for procedente, observa-se que nunca ocorreu a perda da propriedade.

A vitória do proprietário no processo administrativo de arrecadação ou no Judiciário não implica remissão do crédito tributário devido, tendo em vista a propriedade territorial do bem em questão. O artigo 64 da Lei 13.465/2017 também confere o direito à Administração Pública de cobrar todas as despesas envolvidas com a posse do bem arrecadado, inclusive multas, presumindo-se, nesse caso, salvo melhor juízo, a boa-fé da Administração.

A fundamentação para o entendimento ora defendido encontra previsão nos artigos 1.201, 1.241 e 1.219, considerando não só o estado de desocupação do bem em questão, mas o princípio da função social<sup>21</sup> da propriedade, que deve coibir as omissões do proprietário (a propriedade obriga) em prejuízo da coletividade, como por exemplo: o não cumprimento das ordens administrativas de limpeza sistemática da área e de manutenção da calçada, entre outras, ou o uso da propriedade para fins especulativos.

Cita-se também que a propriedade, como fator de produção, possui sua função econômica<sup>22</sup>, artigo 1.228, § 1º, do CC, que difere da função social, mas também limita o uso do bem, sendo claro que o não usar não estará condizente com nenhuma das funções determinadas pela Carta Civil.

Já o momento da aquisição pelo Município ou Distrito Federal, considerando a natureza urbana do bem imóvel, só se dará com a declaração pelo Judiciário, após o processo de arrecadação e comprovada a posse do município por três anos. A sentença declaratória constituiria

---

<sup>19</sup> Sobre o abandono, Monteiro (2003, p. 170) leciona: “Podem determinar o abandono ônus reais sobremaneira gravosos (por exemplo, no caso do art. 1.382 do Cód. Civil de 2002), ou fiscais muito pesados, bem como gastos vultosos para a sua utilização, sobre excedentes do respectivo valor. Na Alemanha, ao tempo da inflação, segundo relata Martin Wolff, numerosos proprietários preferiram abandonar suas propriedades, por não se sentirem capazes de mantê-las de acordo com as disposições administrativas referentes à segurança dos prédios.”

<sup>20</sup> Sobre os requisitos para o processo de arrecadação, em face da Lei 13.465/17, destacam-se Gama e Ramos (2019, p.): “Assim, resta claro que devem estar presentes os elementos subjetivos – ausência de posse e de animus – e objetivos, qual seja, o não recolhimento dos ônus fiscais. O critério referente ao não recolhimento de tributo busca facilitar a identificação, conjugado com o não uso, do abandono imobiliário, eis que o simples não uso pode acarretar incerteza acerca da intenção abdicativa.”

<sup>21</sup> Vide Siqueira (2018, p. 299): “O significado da função social da propriedade não se encontra só no sentido de bem-estar que seu uso deve acarretar, mas principalmente na disciplina da conduta do proprietário, que deve pautar a utilização do direito de propriedade em consonância com aspectos sociais, econômicos, ambientais e urbanísticos. A propriedade, contudo, não é uma função social. Parece ser a conclusão mais acertada aquela a deixar claro que a função social não se confunde com o conceito de propriedade, mas constitui componente da estrutura da propriedade funcionalizada. Em síntese, o uso da propriedade sem o cumprimento da função social não pode levar ao extermínio do direito, mas à exclusão da garantia constitucional.”

<sup>22</sup> Siqueira (2018, p. 304) defende: “A função econômica da propriedade está representada na sua utilidade econômica e produtiva, isto é, se o exercício da propriedade está sendo eficiente. A apresentação desse sintético conceito coloca pesquisadores do Direito e Economia (*Law and Economics*) diante de uma afirmação de natureza econômica para explicar uma restrição ao direito de propriedade.”

título aceito pelo registro de imóveis competente, passando o bem ao domínio da entidade pública.

Inovação digna de nota trazida pela Lei 13.465/2017 é o artigo 65, que claramente regula atos de posse durante o período de arrecadação. A análise da regra, assim como dos princípios contidos no artigo 2º do Estatuto da Cidade<sup>23</sup>, possibilita ao Município ou Distrito Federal, considerando suas competências, utilizar o bem arrecadado para fins de moradia, concessão de direito real de uso, ou para utilização de entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse da Administração Pública arrecadante.

O preceito em comento claramente está em consonância com o princípio da função social da cidade<sup>24</sup>, que inibe a utilização de bens imóveis em desacordo ao seu teor programático, estabelecido de forma geral pelo Estatuto da Cidade e Plano Diretor, considerando os Municípios e o Distrito Federal, e compõe um preceito constitucional dotado de positividade e eficácia, que condiciona diretamente o desenvolvimento urbano da cidade. O condicionamento, conforme já visto anteriormente, é no sentido de que toda intervenção urbanística, entre elas o uso ou falta de uso do bem imóvel urbano pelos particulares, deve atender ao princípio do bem-estar social. A diferença entre função social da propriedade imobiliária urbana e função social das cidades é sutil, já que o fim é semelhante, mas a segunda possui um raio de ação mais difuso, amplo e direcionado à Administração Pública, ao ditar regras, enquanto a primeira tem como objeto a restrição legal direta ou indireta do direito de propriedade, cujo destinatário é o proprietário.

A arrecadação do bem imóvel constitui um dever da Administração Pública e o uso da propriedade arrecadada deve estar em conformidade com a função social da propriedade definida principalmente nos planos diretores dos Municípios, considerando o déficit habitacional e as políticas urbanas lá contidas, que obrigam o administrador e o proprietário, que pode perder a garantia da propriedade em caso de inadimplência.

Ainda tratando da arrecadação do bem abandonado, informa-se que desde o início do processo administrativo para esse fim, já se confere à Administração Pública a posse de boa-fé, a não ser que se prove o contrário, possibilitando o uso imediato do bem desocupado, inclusive mediante concessões a terceiros. Defende-se, no entanto, que o Poder Público responde por qualquer ato administrativo oriundo de sua posse ou concessão, caso seja julgado improcedente o procedimento administrativo, que faz coisa julgada, ou o pleito judiciário, a ser iniciado após essa primeira fase (arrecadação) pelas procuradorias municipais e distrital correspondentes, para obtenção do título de domínio<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Lei 10.257/2001: “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; [...]”

<sup>24</sup> Vide Siqueira (2018).

<sup>25</sup> *Ajudam no entendimento do processo de arrecadação as interpretações realizadas pelo Judiciário, cabendo destacar a decisão no REsp 1176013/SP, que traz no voto vencedor ideia clara de procedimento judicial para reconhecimento do domínio: “RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - AÇÃO DE INVENTÁRIO - PRETENSÃO DE UM DOS HERDEIROS DE TRAZER À COLAÇÃO BEM IMÓVEL QUE TERIA SIDO ABANDONADO PELO DE CUJUS - FORMALIZAÇÃO DO ABANDONO DE PROPRIEDADE IMÓVEL - DESNECESSIDADE, PARA OS FINS COLIMADOS NA PRESENTE AÇÃO - AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ABSTENÇÃO DOS ATOS DE POSSE PELO TITULAR, COM ÂNIMO DE ABANDONAR - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Da análise acurada do artigo 589, III, do CC/1916, constata-se que a alteração do registro existente, como condição de consolidação da perda da propriedade, recai, tão-somente,*

Agora ao tratar da responsabilidade do Estado, fundamentada no artigo 37, § 6º, da CF, afirma-se que essa será de natureza objetiva e estará caracterizada caso a arrecadação seja im procedente, causando danos ao proprietário, que deverá ser ressarcido dos danos sofridos e comprovados, obrigando-se a Administração a restituir o bem livre de quaisquer bens ou coisas.

Por fim, defende-se que a concessão do bem arrecadado a terceiro importa no dever desse de restituir a posse à Administração, restando nulo o ato concessivo, podendo, no entanto, a Administração, ao devolver o bem ao proprietário, cobrar pelas benfeitorias e acessões, em conformidade com o artigo 64 da Lei 13.465/2017 e o artigo 1.219 do CC, desde que provada a boa-fé, cabendo o poder de retenção.

A importância da Lei de 2017, sem dúvida alguma, é possibilitar, salvo melhor juízo, a reutilização imediata do bem arrecadado, estando essa conclusão fundamentada no princípio da função social da cidade e no artigo 2º do Estatuto da Cidade. Observa-se que mesmo que não reste provado o abandono, o não uso do bem já caracteriza infração à ordem urbanística e justifica, de certa forma, a aplicação de sanção ao proprietário, independentemente de outros instrumentos contidos no citado estatuto, como a aplicação do IPTU progressivo, que necessita de lei específica para área, e até a desapropriação, sanção prevista no artigo 8º da Lei 10.257/2001.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conclusões obtidas com a pesquisa, que trata do instituto do abandono como modalidade de perda da propriedade imobiliária urbana e do procedimento de arrecadação pelo Município, em face do princípio da função social da cidade, expostas neste artigo ao longo dos itens dissertados, podem ser sintetizadas nos seguintes pontos:

- a) diferentemente do que se observa na renúncia, para a configuração do abandono não se exige uma declaração expressa, registrada em Cartório, do titular da propriedade imobiliária concernente ao propósito de se desapossar do imóvel. Todavia, não bastam o mero desfazimento físico do bem e a ausência de realização de atos pertencentes ao direito de propriedade, uma vez que o proprietário ainda permanecerá como titular do imóvel em razão do registro dele na serventia imobiliária;

---

sobre as hipóteses de alienação e de renúncia. Em tais circunstâncias, portanto, o registro possui natureza constitutiva-negativa da propriedade; II - Em relação às hipóteses remanescentes (abandono e perecimento do imóvel), o preceito legal (§ 1º, do artigo 589, CC/1916), de natureza restritiva, não impõe a referida exigência. Quisesse o legislador (de 1916) exigir que o titular do bem imóvel, ao pretender abandoná-lo (situação eminentemente fática que é aferida por meio da abstenção de atos de posse do titular), formalizasse tal desiderato perante o registro, inseriria o abandono no referido § 1º, do artigo 589, CC/1916. **Porém, caso assim procedesse, diferença alguma pairaria sobre a renúncia e o abandono de bem imóvel; III - Tem-se, portanto, que a alteração do registro, em razão do abandono da propriedade, não tem o condão de desconstituir a propriedade do titular, mas, sim, declarar a perda da propriedade daquele; IV - Não se pode exigir que o reconhecimento de abandono, para os fins colimados na presente ação, somente se dê, por exemplo, após a efetivação de procedimento formal de arrecadação do bem imóvel ao patrimônio público (o qual exige a constituição do débito tributário, adoção de medidas judiciais para caracterizar o bem como vago e, após três anos, viabilizar que o Poder Público possa incorporá-lo ao seu patrimônio), se as circunstâncias fáticas apontam em direção oposta; V - Em razão do fundamento adotado pelas Instâncias ordinárias (que ora se afasta), não se perscrutou, como seria de rigor, se houve ou não, por parte do de cujus, ao longo desse período, efetiva abstenção de atos de posse, com intenção de abandonar o bem. Aos que alegam a perda da propriedade, dever-se-ia conferir oportunidade para demonstrar, por exemplo, o não pagamento de encargos fiscais incidentes sobre o imóvel (pelo de cujus ou por seus herdeiros), inexistência de atos de disposição etc; VI - Para a presente ação de inventário (em que se verificará se referido bem deverá ser trazido à colação ou, em razão de eventual reconhecimento de abandono daquele, tão-somente o produto da ação indenizatória), a demonstração dos fatos alegados é imprescindível para o reconhecimento ou não do instituto do abandono de propriedade imóvel; VII - Recurso Especial provido.” (BRASIL, 2010, grifos nossos).**

- b) a legislação brasileira trata de forma expressa e diversa as figuras da renúncia e do abandono, como tipos de perda da propriedade, e traz requisitos para a configuração do abandono, como por exemplo o aspecto temporal. Os ordenamentos da Península Ibérica não trazem a distinção entre os institutos, mas comungam com o princípio de que o abandono pode levar à perda da posse e consequentemente da propriedade e de que não deve perdurar o estado de indefinição acerca da propriedade imobiliária abandonada.
- c) a Lei Federal 13.465/2017, que trata nos artigos 64 e 65 da questão da arrecadação dos bens abandonados, não está regulando ou dando destinação a bens públicos pertencentes aos Municípios, mas disciplinando apenas o processo arrecadatário, considerando as normas do Código Civil já citadas. A inovação digna de nota é reforçar a presunção absoluta de abandono quando ocorrer inadimplemento fiscal igual ou superior a cinco anos<sup>26</sup> e disciplinar o procedimento administrativo de arrecadação, cujo texto, inscrito no § 2º, inciso III, do artigo 64, determina a notificação e o exercício, se assim desejar, do direito de impugnação pelo proprietário, o que de certa forma já descaracteriza a presunção absoluta determinada pelo CC, artigo 1.276, e pela Lei 13.465/2017.
- d) a arrecadação do bem abandonado, mediante o início do processo administrativo para esse fim, já confere a posse de boa-fé, a não ser que se prove o contrário, à Administração Pública, possibilitando o uso imediato do bem desocupado, inclusive na forma de concessões. Conclui-se, no entanto, que o Poder Público responde por qualquer ato administrativo oriundo de sua posse ou concessão, caso seja julgado improcedente o procedimento administrativo, que faz coisa julgada, ou o pleito judiciário, a ser iniciado após essa primeira fase (arrecadação) pelas procuradorias municipais e distrital correspondentes, para obtenção do título de domínio. A responsabilidade do Estado, fundamentada no artigo 37, § 6º, da CF, que será de natureza objetiva, estará caracterizada caso a arrecadação seja improcedente, causando danos ao proprietário, que deverá ser ressarcido em caso de prejuízo, obrigando-se a Administração a restituir o bem livre de quaisquer bens ou coisas.

## REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958. v. III.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1176013/SP**. Recurso Especial - Negativa de prestação jurisdicional – Não ocorrência - Ação de Inventário - Pretensão de um dos herdeiros de trazer à colação bem imóvel que teria sido abandonado pelo de cujus - Formalização do abandono de propriedade imóvel - Desnecessidade, para os fins colimados na presente ação - Aferição da existência de abstenção dos atos de posse pelo titular, com ânimo de abandonar - Necessidade - Recurso Especial provido. Recorrente: Silvano da Silva Batista e Outros. Recorrido: Almir Rogério Figueiredo dos Santos Batista e Outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.ju s.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1176013&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 19 jan. 2020.

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

---

<sup>26</sup> Prazo não fixado pelo artigo 1.276 do CC, o que constitui uma inovação.

Os efeitos do abandono na perda da propriedade imobiliária urbana: uma análise à luz do princípio da função social da cidade

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; WEBBER, Suelen. O direito de propriedade e a supremacia do interesse público sobre o privado na era de adaptação às mudanças climáticas. **Revista Jurídica da FA7**, v. 13, n. 2, 2016. DOI: <https://doi.org/10.24067/rju7.13.2:63>.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; RAMOS, Catarina Mendes Valente. A presunção de abandono de bem imóvel pelo não recolhimento de ônus fiscais. **Revista de Direito Privado**, ano 19, n. 100, p. 115-139, jul./ago. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Panorama**: Fortaleza. 2019. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/fortaleza/panorama>. Acesso em: 25 jan. 2020.

JUSTO, António Santos. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

LASARTE, Carlos. **Curso de derecho civil patrimonial**. 25. ed. Madrid: Tecnos, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. XIV.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Forense, 2013. v. 4.

SANTIAGO, Tatiana; MURARO, Cauê. Cidade de SP tem déficit de 358 mil moradias e 1.385 imóveis ociosos. **G1**, 3 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/cidade-de-sp-tem-deficit-de-358-mil-moradias-e-1385-imoveis-ociosos.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SÃO PAULO. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=S%C3%A3o\\_Paulo&oldid=57878161](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=S%C3%A3o_Paulo&oldid=57878161). Acesso em: 20 jan. 2020.

SÃO PAULO (Cidade). Prefeitura municipal. Secretaria de Desenvolvimento Urbano. **Taxa de domicílios vagos em São Paulo cai 30% entre 2000 e 2010**. 2015. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/urbanismo/noticias/?p=190758>. Acesso em: 15 fev. 2020.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir: perfil constitucional e restrições: a função social em conflito com o direito de propriedade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; MATOS, Anderson Linhares. Perda da propriedade imóvel por ato unilateral do proprietário: renúncia e abandono. *In*: MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Maria Vital da (coord.). **Relações privadas, mercado e desenvolvimento no século XXI**. Fortaleza: Mucuripe, 2019. v. 1. p. 329-344.

TABOSA, Agerson. **Direito romano**. 3. ed. Fortaleza: Fa7 editora, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VICENTE, Dário Mourão. **Direito comparado**. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2018. v. I.

VIEIRA, José Alberto. **Direitos Reais**. Lisboa: Almedina, 2016.

Recebido em: 12 fev. 2020.

Aceito em: 8 abr. 2020.



# A SUPERAÇÃO DO MÉTODO TECNICISTA VISANDO A APROXIMAÇÃO DO ENSINO DO DIREITO COM A REALIDADE SOCIAL

**Maria Vital da Rocha**

Universidade Federal do Ceará (UFC) e Centro  
Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.  
*mavitalrocha@gmail.com*

**Ana Luiza Barroso Caracas de Castro**

Universidade Federal do Ceará (UFC), Ceará.  
*analuzabccastro@gmail.com*

**RESUMO:** A ciência do Direito pode ser considerada, primordialmente, uma ciência social, porque visa estudar as necessidades advindas das interações entre os grupos que compõem a sociedade, buscando tutelar juridicamente essas relações por meio da concretização das normas jurídicas que, nada mais são, do que mandamentos institucionais advindos do poder estatal como uma medida de organização social. Entretanto, o positivismo vastamente enraizado em nossa cultura jurídica acaba por supervalorizar os textos legais que compõem o ordenamento jurídico pátrio, adotando-os como fonte primordial do Direito e, conseqüentemente, ignorando as diversas fontes que constituem o viés multifacetário do ensino jurídico. Desta feita, o presente trabalho possui o objetivo específico de abordar os problemas envolvendo o ensino jurídico, criticando o método tecnicista inerente à formação legalista do bacharel em Direito. Para elaboração deste trabalho, será realizada vasta pesquisa bibliográfica por meio de diversos periódicos em revistas, doutrinas, trabalhos científicos, dentre outros mais, com a citação de obras nacionais e estrangeiras, baseando-se, prioritariamente, nos ensinamos preconizados por Eugen Ehrlich, percussor dos estudos relacionados à Sociologia Jurídica. Conclui-se, a partir desta pesquisa, que o processo cognitivo da ciência do Direito e a transmissão de suas teorias por meio do ensino jurídico, devem ser aperfeiçoados com o uso de novas metodologias que invistam no diálogo entre os alunos e na consideração de outras fontes, com a sua devida interligação à outras ciências sociais, prioritariamente, a Sociologia Jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ensino jurídico. Sociologia. Positivismo. Método Tecnicista. Processo cognitivo. Dialética.

*Overcoming the technician method aiming at approaching the teaching of law with social reality*

**ABSTRACT:** The science of law can be considered, primarily, a social science, because it aims to study the needs arising from the interactions between the groups that make up society, seeking to legally protect these relationships through the realization of legal norms that are nothing more than institutional commandments arising from state power as a measure of social organization. However, positivism widely rooted in our legal culture ends up overvaluing the legal texts that make up the national legal system, adopting them as the primary source of law and, consequently, ignoring the various sources that constitute the multifaceted bias of legal education. This time, the present work has the specific objective of addressing the problems involving legal education, criticizing the technicist method inherent in the legal formation. For the elaboration of this work, a vast bibliographic research will be carried out by means of several journals in magazines, doctrines, scientific works, among others, with the citation of national and foreign works, based, as

a priority, on the teachings recommended by Eugen Ehrlich, percussor of studies related to Legal Sociology. It is concluded, from this research, that the cognitive process of the science of Law and the transmission of its theories through legal education, must be improved with the use of new methodologies that invest in the dialogue between the students and in the consideration of others sources, with its due interconnection to other social sciences, primarily, the Legal Sociology.

**KEYWORDS:** Legal education. Sociology. Positivism. Technicist Method. Cognitive process. Dialectics.

## INTRODUÇÃO

A ciência do Direito pode ser considerada, primordialmente, uma ciência social, porque visa estudar as necessidades advindas das interações entre os grupos que compõem a sociedade, buscando tutelar juridicamente essas relações por meio da concretização das normas jurídicas, sistematizadas em princípios e regras que, nada mais são, do que mandamentos institucionais advindos do poder estatal como uma medida de organização social.

Acontece que, o pensamento positivista vastamente enraizado na cultura jurídica acaba por supervalorizar os textos legais que compõem o ordenamento jurídico pátrio, adotando-os como fonte primordial do Direito e, conseqüentemente, ignorando as diversas fontes que fundamentam o estudo jurídico, com respaldo nos fatos sociais que dão base para a evolução do conhecimento científico nessa área.

A visão positivista enseja a aplicação da metodologia tecnicista para o estudo do Direito, baseando-se no formalismo exacerbado e na análise das normas para a compreensão das teorias jurídicas, ignorando outras áreas das ciências sociais, como a Sociologia Jurídica, por considerar que a ciência jurídica deve ser apreendida de maneira apartada.

Diante disso, o objetivo específico do presente trabalho é pesquisar e, com isso, procurar soluções para os problemas que envolvem o ensino jurídico. A sistemática de ensino que envolve o direito tem o seu desenvolvimento prejudicado por uma metodologia acrítica e tecnicista, preocupada com a supervalorização do formalismo ligado ao positivismo jurídico, desprezando a importância do diálogo e do confronto de teorias na educação dos bacharéis em Direito.

Para elaboração deste trabalho, será realizada vasta pesquisa bibliográfica por meio de diversos periódicos em revistas, doutrinas, trabalhos científicos, dentre outros mais, com a citação de obras nacionais e estrangeiras. Este artigo se baseará, especialmente, nos ensinamentos preconizados por Eugen Ehrlich e suas teorizações acerca da Sociologia Jurídica, buscando alcançar o objetivo geral de demonstrar que o problema do ensino jurídico é a sua não adequação com a realidade social vigente, o que enseja o distanciamento dos juristas com as preocupações de caráter social, impossibilitando os instrumentos do Direito de atingir as suas finalidades humanísticas.

Adentrando à discussão sobre a temática a ser abordada, o primeiro tópico tem a finalidade de realizar uma análise sobre como o Direito é uma ciência que reflete a realidade social vigente e, por isso, o ensino jurídico deve, necessariamente, combater a visão positivista que defende a predominância do formalismo. O segundo tópico visa criticar o método tecnicista, amplamente aplicado no ensino superior de formação jurídica. Já o terceiro tópico, busca realizar um estudo epistemológico de como deve proceder a aquisição do conhecimento científico do

Direito, propondo novas formas para a didática do ensino jurídico, devendo se basear na Sociologia, junto com as demais disciplinas humanistas, com a finalidade de superar uma formação sem percepção crítica e transformadora dos profissionais do Direito.

## **1. O DIREITO É UM REFLEXO DA REALIDADE SOCIAL VIGENTE?**

O Direito nasce da interação entre os grupos sociais que compõem uma comunidade, nada mais é do que um reflexo das necessidades sociais momentâneas e a busca por respostas para os conflitos que emergem dessas interações, visando criar medidas de pacificação social. Euger Ehrlich (1986), o grande precursor da Sociologia Jurídica entende que o que nasce da normatização estatal é apenas uma pequena parcela do Direito, que nada mais é do que o reflexo da realidade social vigente e suas exigências e da aplicação prática da tutela jurisdicional aplicada por seus operadores.

O autor (EHRlich, 1986) afirma que o desenvolvimento do Direito se dá a partir do surgimento e da transformação das instituições sociais, tendo estas como ponto de partida para a sua estruturação. Defende que a intervenção direta do poder de polícia ou as decisões judiciais emanadas por órgãos públicos competentes também conseguem influenciar no desenvolvimento do Direito, contudo, é impossível ignorar que a cada momento, nas sociedades modernas, são criadas instituições novas ou as já existentes investem em transformações para evoluir, independentemente das determinações advindas da legislação estatal; que, como medida de eficácia da tutela jurisdicional, deve buscar se adaptar à realidade que se apresenta, defendendo que “o Direito muda, porque mudam as pessoas e as coisas” (EHRlich, 1986, p. 300). Complementa com uma crítica pertinente, em que o Direito positivado não acompanha a evolução social, que se dá de maneira cíclica e constante, apresentando novas necessidades e transformando os próprios costumes. Sendo assim, o âmbito jurídico acaba por se distanciar da realidade social, sob um viés conservador e atrasado.

Podemos dizer, a partir disso, que o Direito é a concretização de situações postas pela realidade social. Logo, mesmo sendo positivado por meio de normas, o âmbito jurídico acompanha o processo de construção e transformação social, nos seus aspectos políticos, econômicos, culturais e, principalmente, históricos. A realidade social é composta por particularidades, correspondendo assim, a instituições jurídicas específicas, "sobre as quais recaem os condicionantes sócio-culturais reforçados pelos costumes, pela moral e pelos valores sociais" (NOVAES, 2011, p. 05).

Sendo assim, o Direito não pode ser analisado sobre o viés concreto e enraizado do positivismo, mas sim, merece ser estudado com base em diversos fatores, que podem ser considerados como normatividades distintas, para além das normas concretas, que influenciam as relações sociais e, conseqüentemente, o comportamento jurídico e a adequação do Direito.

Os ensinamentos iniciados por Euger Ehrlich e perseguidos por tantos outros sociólogos e filósofos, vão de encontro com a teoria pura do Direito, inaugurada por Hans Kelsen (2015), em que a ciência jurídica deveria ser estudada e aplicada de maneira completamente apartada das outras ciências, inclusive as ciências sociais. Para ele, a pureza da ciência jurídica deve prevalecer como medida de obtenção de uma maior segurança jurídica, de que o Estado ficaria limitado aos mandamentos legais devidamente positivados, em que os operadores do direito estariam submetidos às regras estipuladas e os juízes funcionariam meramente como “bocas da lei”, julgando estritamente de acordo com o ordenamento jurídico, podendo apenas decidir, de maneira mais discricionária, em caso de possíveis lacunas que venham a aparecer. Ao distinguir norma jurídica e proposição jurídica, afirma Hans Kelsen (2015, p. 80-81):

Na medida em que a ciência jurídica apenas apreende a conduta humana enquanto esta constitui conteúdo de normas jurídicas, isto é, enquanto é determinada por normas jurídicas, representa uma interpretação normativa destes fatos de conduta. Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, conseqüentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas jurídicas, entre os fatos por elas determinados. As proposições ou enunciados nos quais a ciência jurídica descreve estas relações devem, como proposições jurídicas, ser distinguidas das normas jurídicas que são produzidas pelos órgãos jurídicas a fim de por eles serem aplicadas e serem observadas pelos destinatários do Direito. Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas.

De acordo com a teoria pura criada por Hans Kelsen (2015), há uma complexa preponderância da norma jurídica na aplicação da tutela jurisdicional, pois a norma deveria funcionar como uma moldura que, por meio da valoração jurídica, se adequaria aos fatos. Sendo assim, criticando a teoria kelseniana, percebe-se que por intermédio de seu próprio conceito, que sempre haveria a necessidade da valoração da realidade social apresentada por meio dos fatos, a partir da cognição firmada pelos operadores do Direito diante da demanda apresentada, para que se adequasse a norma devidamente. Em caso de lacuna, isso ficaria ainda mais evidente, visto que seria permitido ao julgador certo grau de discricionariedade. Portanto, mesmo que sua teoria proponha a “pureza” da ciência jurídica, não seria possível ignorar que a realidade fática advinda dos diversos âmbitos que abrangem a realidade social.

O formalismo aplicado de maneira exagerada acaba por dificultar a adequação do Direito com as relações sociais existentes, mediante uma visão estritamente positivista, Agostinho Marques Neto (2004) apresenta uma crítica pertinente sobre a aplicação do positivismo no processo de aquisição do conhecimento científico, afirmando que o “mito positivista” constantemente é utilizado nos Estados Modernos como uma forma de controle que favorece as classes dominantes em face das classes dominadas, tentando camuflar esse sistema de favorecimento desleal através do “manto ideológico” de segurança jurídica que é utilizado como instrumento de justificação para o pensamento positivista. O autor explica (MARQUES NETO, 2004, p. 47-48):

As ciências e suas aplicações práticas são apresentadas à população como se constituíssem novas religiões, como se suas verdades fossem não só inabaláveis como necessárias, tudo isso em nome de abstrações como o progresso, o desenvolvimento, o bem-comum. Tais abstrações visam a ocultar sutilmente o fato de que são as classes dominantes as grandes beneficiárias do desenvolvimento científico e tecnológico, sobrando geralmente para as classes dominadas o ônus de suportar as conseqüências desse desenvolvimento (poluição, inflação, escassez, etc.), sem dele tirarem praticamente qualquer proveito. Não é sem propósito que as atividades de pesquisa estão cada vez mais centralizadas em órgãos burocráticos do Estado - velho aliado das classes dominantes em qualquer sociedade de classes -, controladas por tecnocratas nem sempre possuidores de formação científica adequada, mas que estabelecem prioridades, financiam determinadas pesquisas e desestimulam outras, muitas vezes com o propósito evidente de não permitir que se ponha em xeque o sistema de poder estabelecido.

Sendo assim, o Direito não pode ser considerado como uma ordem normativa uniforme e singular, mas sim como uma ordem plural, pois é composto por diversos grupos com identidades e interesses distintos, e, por isso, deve buscar atender as demandas advindas desses diferentes contextos sociais que se apresentam, como medida de garantia do próprio Estado Democrático de Direito vigente no Brasil.

Manuel Rodriguez Lapuente (1996) critica a situação complicada em que se encontra a democracia moderna, pois a sociedade desse tipo de regime se organiza através da sua divisão

em grupos de interesses específicos dentro da realidade Estatal, em seus diferentes âmbitos. Esses grupos formam uma complexa estrutura de classes sociais, profissionais, econômicas, políticas, religiosas, culturais, dentre outras mais. Como também, salienta que os meios de comunicação exercem um papel fundamental na interação entre esses grupos, podendo aproximá-los, ou tornar ainda mais acalorada e conflituosa a relação entre eles.

Boaventura de Sousa Santos (2009), ao abordar a sua experiência de três meses em uma comunidade carente na cidade do Rio de Janeiro/RJ, a qual denominou de Pasárgada, demonstrando a multinormatividade existente nessa comunidade e, a partir disso, os mecanismos adotados dentro do convívio social que superavam a ordem jurídica estatal, criando regras sociais de solução de conflito e de gestão dos serviços naquela comunidade que, sem dúvidas, complementam e, muitas vezes, sobrepõem o Direito posto, merecendo a tutela jurídica, mesmo sem a sua positivação na lei advinda do Estado.

O autor estuda a criação de normas internas dentro das comunidades carentes, explicando que essa normatividade surge para superar as demandas que a legislação estatal não consegue alcançar, buscando organizar o convívio dentro desses grupos sociais, com a finalidade de solucionar os conflitos que possam vir a existir. Essas ordens locais permitem o estabelecimento de institutos internos para a mediação de conflitos, que se justificam pela falta de prestação jurisdicional por parte do Estado na comunidade estudada. Portanto, como a lei estatal não alcança aqueles grupos sociais, por mero descaso do próprio poder público, torna-se necessária a regulação interna por parte das pessoas que habitam aquela localidade e sofrem com essa exclusão.

Boaventura de Sousa Santos (2009) traz uma visão de ordem das classes dominantes e da ordem das classes oprimidas, afirmando que tanto os procedimentos uniformes, como os padrões normativos, devem ser considerados como assuntos judiciais dentro de um grupo de uma determinada comunidade: “La justiciabilidad significa que los patrones normativos a los que me referiré son aplicados por um tercero imparcial, utilizando un concepto de amplia difusión em los trabajos de antropología del derecho, en un contexto de conflicto y de conformidad con ciertos procedimientos uniformes” (SANTOS, 2009, p. 133).

Uma observação feita por Boaventura de Sousa Santos (2009) e que ele menciona no decorrer de toda a sua obra, é que a sociedade é composta por diversos grupos sociais, que agregam distintos interesses e possuem características próprias, em que, comumente, se dividem em classes dominantes e classes dominadas, criando uma relação paradoxal de interligação e segregação.

Concordando com as conclusões alcançadas a partir do estudo de Boaventura, José Fábio Rodrigues Maciel (2018) e Daniele Comin Martins (2008) afirmam que o pluralismo jurídico existe e se coloca acima da diversidade entre os grupos, pois é uma forma eficaz de suprir as lacunas da legislação posta pelo Estado que deixa por tutelar diversos grupos menos favorecidos dentro da dinâmica econômica e social, bem como, tanto supre apenas as necessidades meramente formais, ligadas à letra da lei, quanto supre as necessidades práticas do descaso do poder público com essa população menos favorecida. Sendo assim, podemos considerar o pluralismo jurídico mais uma demonstração de que o comportamento humano, dentro da realidade social, cria e transforma a normatização existente em determinada localidade, conforme brilhantemente explicado por Eugen Ehrlich.

José Fábio Maciel (2018) evidencia que o pluralismo permite que os mais variados grupos de uma sociedade convivam em harmonia, com atenção as suas necessidades, o que acaba por dar eficácia e segurança ao regime democrático adotado, que possui como finalidade a possibilidade de convivência entre as diferentes classes sociais, com a consideração das diferentes con-

cepções de vida de seus indivíduos. O autor explica que o que se busca é uma sociedade igualitária e não igual, fazendo referência à ideia de igualdade material<sup>1</sup>, por meio da consideração das diferenças entre as classes sociais, que só pode ser alcançada com a abrangência do viés social. Esse trato só pode ser modificado a partir da transmissão do conhecimento jurídico.

Diante disso, encontra-se a permanente crítica ao legalismo exacerbado, de vertente positivista, que emergiu principalmente após o positivismo, em que a ideia de um Direito Comum e plural já havia sido superada. A unicidade do Direito, em que apenas a legislação estatal deve vigorar dentro dos limites territoriais a que se destina, é uma ficção que prejudica diretamente a diversidade cultural. Eugen Ehrlich (1986) critica as fontes do Direito, pois, corretamente, entende que elas restringem a abrangência de alcance do Direito, resumindo sua esfera à duas fontes: a lei e o costume. Essa teoria de duas fontes remonta ao Direito Comum, abarcado pelo direito Civil (Direito Romano) e o Direito Canônico, que tinham como fontes principais os códigos e os costumes.

José Fábio Maciel (2018, paginação irregular) cita de maneira sucinta: “aceitar a existência de outros direitos que não o imposto pelo Estado representa não só opor-se a uma única matriz cultural, mas também respeitar e proteger o direito à diferença, essencial para o futuro humano”. Mariane Morato Stival (2019) salienta essa ideia defendendo que o individualismo no trato da ciência do Direito faz com que esta área deixe de se preocupar com outras áreas que também fazem parte da tutela jurisdicional. Esse individualismo de interesses faz com que as pessoas que compõem uma sociedade se preocupem, prioritariamente, com uma supervalorização de seus espaços de interesse e um afastamento de espaço e pessoas social e economicamente distantes.

Daniele Comin Martins (2008) critica os modelos epistemológicos utilizados pelo Direito, pois não conseguem dar conta da realidade existente, envolvendo a pluralidade social que se apresenta na modernidade ocidental, convergindo com a ideia de Eugen Ehrlich. As teorias pluralistas, em suas perspectivas antropológicas e transnacionais, conquistam espaços de defesa do direito à diversidade, tornando o regime de Estado mais ampliado. Uma democracia só consegue atender a sua finalidade de atender as necessidades de todos, se se valer em teorias pluralistas.

Antônio Carlos Wolkmer (2018, p. 30) conceitua o pluralismo jurídico como um novo fundamento para a cultura do Direito, designando essa expressão como “una multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio sociopolítico, acionadas por conflictos e consensos, pudiendo ser o no oficiales y teniendo su razón de ser em las necesidades existenciales, materiales y culturales”. A partir disso, preleciona que o pluralismo jurídico emancipador surge como uma possibilidade de preencher as lacunas epistemológicas deixadas pela vertente da unicidade jurídica de um direito positivado puro.

Nesse sentido, Mario Silvio Gerlero (2006, p. 339) expressa: “no basta el conocimiento de las leyes e el saber doctrinario sino ese conocimiento tiene que complementarse com otras áreas, entre ellas, no cabe dudas que se destaca la administración, la sociología y la psicología”, destacando a necessidade dos operadores do direito, podendo considerar também aqueles que estão em fase de formação técnica para exercer alguma função jurídica, de sair dos limites formais de estudo da ciência jurídica, criando uma maior interação com outras áreas, considerando que, prioritariamente, o Direito é uma ciência social.

---

<sup>1</sup> Igualdade material é a espécie de igualdade que visa tratar de maneira desigual aqueles que são diferentes, buscando reduzir as suas desigualdades. Essa ideia é a mais defendida, visto que os grupos sociais são extremamente desiguais entre si, conforme se explica no decorrer dessa obra, então, merecem ser tratados de maneira desigual, para que se efetive uma paridade de oportunidades e de participação entre eles.

A partir disso, ressalta-se que, os instrumentadores do Direito, ao se valerem dos elementos inerentes à cognição humana para aplicar uma hermenêutica jurídica condizente com os mandamentos legais positivados, acabam por ignorar os costumes e as necessidades apresentadas pelos indivíduos que compõem a sociedade, o que pode vir a ocasionar uma grave instabilidade e insegurança dentro do Poder Judiciário, pois este, nesse ínterim, se distancia da sua finalidade de alcançar a harmonia entre os grupos sociais.

Portanto, as ferramentas para aprimorar o ensino jurídico devem ultrapassar as barreiras formais criadas por uma visão extremamente positivista do ordenamento jurídico, visando a formação de profissionais que atuem buscando a pacificação dos conflitos que venham a emergir das interações entre os grupos sociais.

## **2. O MÉTODO TECNICISTA COMO UMA BARREIRA AO ENSINO JURÍDICO**

O tecnicismo consiste no estudo jurídico intermediado por um método onde o formalismo e o positivismo jurídico ganham destaque, partindo da ideia que a ciência do Direito é independente e, por isso, seus profissionais devem se ater aos textos expressos pelo ordenamento, sem adentrar na devida necessidade de debates críticos em relação aos seus conteúdos materiais.

Antes de iniciar a discussão sobre as críticas quanto ao método tecnicista, é importante ressaltar que o Direito é uma ciência social, logo, um método de aquisição do conhecimento baseado no engessamento das teorias utilizadas como paradigmas para a compreensão de seus preceitos, não condiz com a própria natureza dessa ciência.

Concordando com essa ideia, Hans Georg Gadamer (2005) propõe que a compreensão do Direito não pode ser conquistada a partir de uma métrica de transmissão de conhecimento, ao contrário, uma melhor compreensão dos preceitos jurídicos só poderia ser alcançada com o devido respeito ao processo cognitivo humano, por meio do uso da racionalidade e do constante embate racional entre as teorias, formando um “círculo hermenêutico” epistemológico. O autor preleciona que os intérpretes, ao aplicarem a hermenêutica jurídica, sofrerão a influência cognitiva de suas pré-compreensões, advindas de suas variadas origens históricas e de seus conhecimentos adquiridos pelo “senso comum”<sup>2</sup>. A partir disso, para a busca de um melhor domínio sobre os assuntos ligados ao ensino do Direito, os conhecimentos adquiridos devem se sujeitar à constantes reanálises, o que pode vir a ensejar a superação ou a manutenção das respostas hermenêuticas até então obtidas, afastando os preconceitos advindos de uma visão dogmática da ciência do Direito.

Roberto Lyra Filho (1982, p. 31) defende a dialética como a melhor medida para superar o formalismo exacerbado e, desse modo, a melhor maneira de aplicar a hermenêutica jurídica. Este autor critica uma interpretação que limite os fatos sociais “a esquemas prévios e mecânicos”, pois essa metodologia seria simplória e não observaria os elementos históricos que envolvem determinada estrutura social, alcançando apenas uma “pseudociência”. Em consonância, Rubens Limonji França (1988) salienta que a interpretação da ciência do Direito supera o positivismo legal, devendo, sempre, se adequar ao processo de transformação social, buscando tutelar as demandas que venham a emergir desse processo.

---

<sup>2</sup> Johannes Hessen (2003) explica o “senso comum” como juízos cognitivos predeterminados, adquiridos por meio das interações sociais e históricas dos indivíduos, a partir de suas experiências cotidianas.

Elizabete David Novaes (2005) traz uma importante crítica ao tecnicismo inerente à formação legalista do bacharel em Direito. Com razão, preleciona que o estudo jurídico deve se basear na Sociologia, junto com as demais disciplinas humanistas, com a finalidade de superar uma formação sem percepção crítica e transformadora por parte dos operadores da Lei, "decorrente de um positivismo normativista", conforme já fora explicado de maneira preliminar no tópico anterior.

A necessidade de uma formação transdisciplinar se dá porque o Direito é multifacetário, pluridimensional e complexo, direcionado a atender as necessidades humanas e regular as relações interpessoais, "como instrumento não somente de repressão, mas também (e principalmente) de mudança e transformação". Elizabete Novaes (2005, p. 02) complementa, ao explicar sobre a necessidade da adequação do ensino jurídico com um viés de debate sociológico:

Podemos afirmar que a Sociologia, voltada para a compreensão do fenômeno jurídico, representa um importante passo para uma concepção dialética do Direito, compreendido, portanto, como processo - capaz não só de representar os interesses dominantes das estruturas sociais vigentes, mas, principalmente, caminhar para a ruptura dessas estruturas.

Como já fora introduzido no tópico anterior, o Direito não é, e não podemos considerar como se fosse, emanado pelo Estado, dando ensejo à uma formação jurídica positivo-normativa. Nesse contexto, o pensamento positivista fortalece o método tecnicista, tanto na construção das doutrinas jurídicas, quanto na transmissão dos conhecimentos científicos nessa área, "impondo uma padronização da linguagem e da leitura dos códigos, justificando e reproduzindo a realidade social" (NOVAES, 2005, p. 02).

Logo, o Direito integra um universo social que transcende sua estrutura normativa, por isso, deve sempre superar suas próprias barreiras. Diante disso, a metodologia tecnicista não é a ideal, exatamente porque ignora a pluralidade das fontes que formam o Direito, antes mesmo que se efetive o sistema jurídico por meio da positivação das normas que compõem o ordenamento pátrio, impossibilitando a compreensão do viés histórico e cultural que delimitam diversas demandas de controle social. Sobre os problemas ligados à aplicação do tecnicismo, explica Ana Luiza Castro (2016, paginação irregular):

As normas do ordenamento jurídico devem ser submetidas a constantes análises, não podendo simplesmente serem aceitas pelos operadores do Direito e pela população que é regida por elas, ou seja, os sujeitos que vivenciam essas normas devem ser vigilantes e reivindicar o máximo de liberdade possível em relação à aquisição de conhecimento dentro dos meandros normativos, para que com isso, a hermenêutica jurídica possa atender as prerrogativas dos fatores sociais que devem ser protegidos pelo Direito.

Euger Ehrlich (1986) discorre que o jurista possui uma visão de mundo limitada pelas ideias de "direito" e "coerção jurídica", baseando-se simplesmente nas prescrições jurídicas, sendo incapaz de conceber a convivência humana sem a presença desses dois elementos. Preleciona: "Na sua maneira de pensar, ordem jurídica, tribunal, coerção jurídica formam uma unicidade e ele falará de direito e de condições jurídicas somente onde encontrar um tribunal e coerção jurídica ou, no mínimo, órgãos administrativos e coação administrativa" (EHRlich, 1986, p. 69).

O estudo da ciência do Direito, seguindo a ideia de Miguel Reale (2002), e até mesmo anterior a ele, baseia-se na ideia de "fato", "valor" e "norma", contudo, o ensino jurídico supervaloriza a norma, deixando de investir em uma percepção empírica dos fenômenos jurídicos, que devem se adequar aos casos concretos.

Esse método tecnicista, firmado apenas sob uma perspectiva metódica e positivista, acaba criando entraves para a formação de profissionais que coloquem em prática o pensamento crítico e racional, que é a principal ferramenta para o desenvolvimento de um bom cientista na área jurídica, porque a adoção de um comportamento dogmático, no trato das teorias do Direito, não permitem a evolução dessas ciências, já que ficam adstritos à um único pensamento, firmado por meio do estudo e da replicação dos textos expressos nas normas jurídicas.

O conhecimento dogmático baseia-se em verdades postas como absolutas<sup>3</sup> e, por isso, difundem teorias sem respaldo científico, já que estas não foram submetidas a nenhum método de tentativa e erro<sup>4</sup>, visto que foram simplesmente aceitas, sem que houvesse margem para, através de discussões devidamente aplicadas por meio da dialética, pudessem atestar a sua pertinência. O método tecnicista, ao replicar as teorias do Direito, sem abrir margem para contestações críticas, acaba explicando o desconhecido por meio de proposições dogmáticas que simplesmente serão aceitas pelos estudiosos em processo de formação, impedindo-os de ampliar seus conhecimentos por meio da investigação dessas proposições. "*Desde el momento en que se aceptan las proposiciones dogmáticas como verdad absoluta, lo desconocido no está ya aterrando al hombre ni acosándolo, ni siquiera incitándolo a ampliar su horizonte conociendo más, sino que ha sido substituido por el dogma*" (AFTALIÓN; VILANOVA; RAFFO, 2004, p. 34). Então, a atitude dogmática é prejudicial para o processo de aquisição do conhecimento jurídico.

Para além disso, percebe-se que o método tecnicista também não ensina os mecanismos eficientes para que os profissionais do Direito consigam superar as constantes lacunas que se manifestam a partir das transformações sociais, visto que, nos casos em que elas se apresentam, o hábito (conceito ligado ao costume) é o que determina as medidas e decisões que poderão ser tomadas, exigindo dos juristas uma boa proximidade com outras áreas das ciências sociais, usufruindo dos elementos comunicativos para a interação com as demandas da comunidade.

Emile Durkheim (2009), olhando esse aspecto multifacetário da formação do Direito e sua repercussão advinda dos sistemas sociais, fundamentou a "Sociologia do Direito" como o estudo do controle social que tem como essência a compreensão da realidade social como um todo. Ao abordar a relevância do viés sociológico para a compreensão das normas e do próprio estudo jurídico, Elizabete Novaes preleciona (2005, p. 03):

Compreendendo que as leis são fenômenos sociais, historicamente construídos, é possível afirmarmos que há causas sociais para a existência de determinadas leis, bem como efeitos ou consequências sociais destas leis sobre a realidade social em que são forjadas. Em outras palavras, a sociologia investiga o impacto social das leis numa dada sociedade. Não se trata de observar ou julgar valorativamente as leis (o que é papel da filosofia do direito) e sim, investigar os valores sociais que nutrem a existência de determinadas leis, bem como sua eficácia social. Desse modo, apontamos para a importância da pesquisa científica de cunho sociológico, que seja voltada para o universo jurídico, envolvendo estudos de representações sociais, percepção de valores e expectativas sociais acerca do direito, da justiça, das leis e inovações jurídicas.

Desta feita, observa-se que a Sociologia consegue interligar o direito positivado e seu formalismo exacerbado com a realidade social, diminuindo o distanciamento entre essas questões, possibilitando que as normas jurídicas sejam aplicadas de maneira eficaz. Roberto Lyra

<sup>3</sup> Verdades absolutas, neste caso, refere-se às ideias que são aceitas sem uma discussão prévia a respeito do assunto; que são aceitas sem que se possa abrir margem para maiores críticas e discussões, através da dialética, por exemplo.

<sup>4</sup> Karl Popper (2004) explica que para que seja verificada a falibilidade de uma teoria, ou seja, para que se ateste se uma teoria é coerente com a realidade ou não, torna-se necessário que tal ideia seja submetida à diversas verificações, sendo constantemente falseada, para que assim, possa se atestar a sua pertinência ou comprovar a sua fragilidade.

Filho (1982, p. 32-33) ressalta a importância de uma análise dialética entre a ciência do Direito e outras ciências: “A História registra o concreto-singular, a Sociologia o aborda na multiplicidade – generalizada em modelos, segundo os traços comuns”; bem como, “Aplicando-se ao Direito uma abordagem sociológica será então possível esquematizar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social, bem como perceber a sua peculiaridade distintiva, a sua “essência” verdadeira”. Sendo assim, os cursos de graduação na área jurídica não só devem trazer a Sociologia como uma disciplina obrigatória e incentivar trabalhos escritos abordando as temáticas relacionadas com essa ciência, como também, devem buscar interligar o estudo das mais variadas disciplinas que tratam sobre os direitos materiais e os seus pressupostos com a realidade social que se observa, para que assim, os profissionais do Direito possam atender melhor às necessidades que precisam de sua tutela. Por causa disso, o estudo do Direito não pode ser apartado do estudo da Sociologia, visto que a relação entre essas ciências conseguiria suprir as demandas sociais advindas da contraposição de interesses dos diversos grupos sociais específicos, por meio da consideração do caráter social e histórico do Direito, que compõem a sua essência.

O caráter social do direito deve ser o fundamento primordial para a formação dos profissionais dessa área, como garantia da igualdade e manutenção da justiça. É fundamental para a formação de um bom jurista que este tenha consciência do caráter flexível, dialético e adaptável a mobilidade social do Direito, superando não só o formalismo das leis, como uma concepção conformadora da prática jurídica que apenas visa repetir precedentes já firmados, que impedem a evolução da ciência jurídica e a refutação de suas próprias teorias. O Direito nasce do conflito entre os grupos sociais, e possui a responsabilidade de tutelar essas demandas superando as desigualdades existentes entre essas classes. Por isso, o processo deve ser visto como um meio de progresso histórico e transformação social.

Nessa perspectiva do Direito como um meio de libertação das classes sociais, por meio da tutela de suas necessidades, destaca-se que essa transformação só pode ser alcançada por meio da demonstração dos diversos pontos de vista das partes adversárias dentro do processo, com a valorização do contraditório e dos diversos instrumentos da dialética. Portanto, o ensino jurídico deve se basear não só no estudo dos mandamentos legais, que também são importantes, mas, predominantemente, no estudo da dialética, das questões históricas e da Sociologia, se preocupando com cada conflito social que veio a originar determinada demanda, para que assim, os profissionais da área adquiram tanto a capacidade técnica, como a capacidade crítica para oferecer saídas mais igualitárias e eficazes. O profissional do Direito possui um papel fundamental dentro das lutas democráticas sociais.

### **3. A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA NOVA METODOLOGIA DE ENSINO BASEADA NA DIALÉTICA**

Por todos os problemas descritos envolvendo a metodologia aplicada para o ensino do Direito, em que se afasta a adequação com a realidade social existente em nome da supervalorização das normas positivadas e do formalismo extremo e conservador, o que cria um entrave epistemológico para a evolução ciência do Direito, Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo (2004) afirmam que a produção do conhecimento jurídico deve se dar a partir do momento que os pesquisadores exercem sua "capacidade crítica" na análise dos elementos da vida cotidiana. Os autores explicam que o conhecimento não é o conjunto de enunciados verdadeiros, mas sim, uma atitude; atitude esta que reconhece a não existência de verdades absolutas e, por isso, as teorias advindas dos textos normativos devem sempre ser refutadas.

Para Gaston Bachelard (1996), o conhecimento deve ser visto como um fenômeno peculiar de consciência que se fundamenta na autorreflexão constante sobre experiências trazidas pela realidade prática ou teórica.

Michele Taruffo (2009) preleciona que para a compreensão das teorias jurídicas de maneira mais próxima da realidade, torna-se necessário o estudo dos fatos, a partir de uma análise das demandas sociais, para que assim, seja possível atingir a pacificação dos conflitos que se apresentam. O conhecimento científico não é uma cópia sofisticada dos fatos, mas sim, estruturas teóricas que agem e transformam os fatos. O conhecimento percebido através dos fatos cria presunções (RESCHER, 2006), que nada mais são do que a crença de veracidade sobre determinada teoria, que não deve ser adotada de modo petrificado, com a conformação do resultado obtido por meio desta teoria; ao contrário, a atitude do cientista do Direito deve buscar derrotar tais presunções, confrontando-as com novas teorias que venham a surgir por meio de novos fatos sociais.

O método científico a ser aplicado para superar o comportamento tecnicista por profissionais e estudiosos do Direito, seria o método de tentativa e erro baseado no constante falseamento das presunções já adotadas, ou seja, baseado na verificação constante a respeito da validade de determinada teoria. A teoria falibilista preconizada por Karl Popper (2004) determina que, para se alcançar um conhecimento verdadeiramente seguro e científico, as presunções adotadas como corretas devem sempre ser questionadas, ou seja, a atitude do pesquisador deve sempre buscar falsear, mediante refutações, as teorias que são aceitas como verdadeiras. Caso se comprove, por meio da tentativa de falsificação, que determinada ideia é válida, isso é positivo para o avanço científico, pois as teorias aceitas se tornam ainda mais fortes (ainda devendo se sujeitar a possíveis refutações, para não se adote uma atitude dogmática); entretanto, caso uma teoria venha a ser derrotada por outra, isso também é extremamente produtivo para a construção da ciência jurídica, já que uma ideia válida irá superar uma ideia que não merece mais ser aplicada.

O falibilismo deve ser aplicado às ciências sociais, inclusive ao ensino jurídico, que possui como finalidade atingir uma racionalidade emancipatória por meio de seus pesquisadores e profissionais, derrotando as teorias adotadas como verdadeiras, que muitas vezes advém do estudo dogmático do texto normativo, sob o viés positivista, buscando atender as demandas da comunidade a partir dos fatos demonstrados pela realidade social.

Mas como o método de falseamento das teorias jurídicas pode ser aplicado na prática? A resposta para esse questionamento seria a dialética que se consolida por intermédio dos instrumentos de comunicação e interação social. O ensino jurídico baseado nos aspectos fáticos da realidade social, abrangendo a área de estudo da Sociologia Jurídica, traria um viés humanizado para a ciência jurídica. E, para que a interação entre essas ciências sociais possa existir de maneira eficiente, é necessário o estímulo da dialética entre os pesquisadores e operadores do Direito, pois, apenas com o intermédio dos instrumentos de comunicação, os pontos de vistas e as teorias poderiam ser refutadas.

A partir do avanço nos estudos na área da Sociologia, Jurgen Habermas (2003) preleciona que o paradigma para a aquisição do conhecimento científico não deve ser a consciência, mas sim a comunicação, pois são as relações sociais que possibilitam o avanço das teorias científicas e essas relações se consubstanciam por meio da linguagem e de instrumentos de comunicação. Explica que as divergências culturais e o embate entre teorias só pode ser plenamente resolvido mediante os mecanismos linguísticos, que permitem, de maneira satisfatória, a compreensão dos indivíduos sobre determinada presunção considerada verdadeira, com o devido confronto de seus entendimentos.

A instigação do pensamento racional e crítico por parte dos estudantes da área jurídica é essencial para a independência da consciência desses indivíduos e, conseqüentemente, de seus debates. Esses debates acarretariam no falseamento de diversas presunções adotadas a partir do estudo das normas jurídicas. Logo, o uso da dialética dentro dos ensinamentos em sala de aula, estimulando os alunos a travarem debates sobre os diferentes pontos de vista de um processo, por exemplo, ensejariam um aprimoramento das teorias científicas adotadas como certas na área do Direito.

Hugo de Brito Machado Segundo (2016, p. 64) preleciona que “quando se cogita de um estudo do Direito visto a partir de sistema de normas através das quais ele se expressa ou exprime, é preciso lembrar, de início, que as normas são realidades institucionais”, exatamente porque são emanadas pelo poder estatal e, por isso, devem se sujeitar ao raciocínio falibilista, buscando a refutação ou reafirmação de seus preceitos materiais, com base nos fatos advindos da realidade social e dos valores adotados culturalmente pela comunidade.

O Direito é um reflexo das relações sociais e, por isso, não pode ser visto como algo concreto e determinado, exatamente porque a sociedade é composta por diversos espaços, sendo a sua formação influenciada por âmbitos distintos, tratados por Niklas Luhmann (1995) em sua Teoria dos Sistemas. Preconizando a teoria geral dos sistemas sociais, Niklas Luhmann (1995) afirma que a sociedade se apresenta como um sistema de ordem maior em relação aos outros, exatamente porque abrange todas as interações humanas, que dependem diretamente dos mecanismos de comunicação para alcançar sua capacidade própria.

Francisco Renato Collyer (2019) acredita que sistema social, dentre os outros sistemas autopoieticos, é o que mais se interliga ao sistema jurídico. Considerando a Teoria dos Sistemas elaborada por Luhmann, o autor destaca a importância da comunicação como elemento fundamental para a vida em sociedade, característica importante tanto para a interação entre os indivíduos, quanto para a definição da cultura ali existente. Diante disso, torna-se evidente a importância desse elemento também para a transmissão do conhecimento jurídico, adequando o Direito às práticas culturais e exigências sociais, formando profissionais que consigam trabalhar criticamente em meio aos debates que lhe são apresentados, para que assim consiga valorar as normas jurídicas da maneira devida.

Partindo do pressuposto de que o ensino jurídico deve adotar os métodos dialéticos aplicados por outras ciências sociais, especialmente a Sociologia, incentivando o diálogo racional entre os profissionais em formação, adota-se a solução proposta por Eugen Ehrlich (1986) da importância da investigação de um “direito vivo”<sup>5</sup>, em que o estudo do Direito deve superar as prescrições jurídicas como objeto de pesquisa. Destaca a importância da investigação dos elementos culturais de determinada comunidade, bem como, suas necessidades apresentadas pelos grupos que compõem a sociedade. O autor critica o mecanismo adotado para a legislação dessas prescrições jurídicas (EHRlich, 1986, p. 374):

As prescrições jurídicas nem pretendem oferecer um quadro completo das condições jurídicas. O jurista formula as prescrições jurídicas tendo em vista as necessidades práticas do momento; ele só se preocupa com o que lhe interessa por motivos práticos. Ele não perderá tempo em formular prescrições jurídicas referentes a objetos que estão fora de seu campo de interesses, possivelmente pelo simples fato de que não competem aos tribunais onde trabalha ou porque não interessam à sua clientela.

---

<sup>5</sup> A expressão “direito vivo” aplicada por Eugen Ehrlich refere-se a ideia de que o Direito não deve se basear apenas nos mandamentos legais, se restringindo aos textos positivados, na realidade, o Direito deve utilizar como pressuposto a vida cotidiana das pessoas, se preocupando em tutelar as necessidades advindas das interações sociais.

Sendo assim, a medida eficiente para superar as problemáticas advindas das normas jurídicas e de seu processo legislativo seria a dialética com temáticas pertinentes à outras áreas de conhecimento, principalmente a Sociologia Jurídica, com base nos fundamentos trazidos por Eugen Ehrlich, conseguindo interligar as ciências sociais para atingir a sua finalidade comum, que seria a tutela das questões humanas. Só assim, o viés egoístico e formal do método tecnicista, que pressupõe a valorização das prescrições legais acima das questões apresentadas pela realidade social, poderá ser superado.

## CONCLUSÃO

O método tecnicista consiste no estudo jurídico baseado, prioritariamente, no positivismo e no respeito à forma, ressaltando as normas como a fonte determinante do Direito, partindo da ideia que a ciência jurídica pode ser considerada “pura” e independente das outras ciências e, por isso, seus profissionais devem se ater aos textos expressos pelo ordenamento de maneira apartada das outras ciências sociais, sem adentrar na devida necessidade de debates críticos em relação aos seus conteúdos materiais.

Entretanto, essa metodologia acaba por formar profissionais despreocupados com a realidade social vigente, ignorando diversas fontes essenciais para a aquisição do conhecimento jurídico. Quando os profissionais passam a adotar os mandamentos legais como preceitos absolutos, as teorias do Direito passam a se basear em dogmas, o que distancia o âmbito jurídico de sua natureza científica. Desta feita, a percepção acerca dos fatos é necessária para a devida aplicação das normas legais, visto que, é a partir dessa compreensão que se criam presunções de como a tutela jurisdicional poderá alcançar a sua finalidade de pacificar os conflitos e atender as demandas sociais.

Diante disso, o ensino jurídico deve superar o método tecnicista, adotando novas engrenagens que permitam a formação crítica e racional dos profissionais do Direito. O novo método a ser implementado possui sua origem na teoria falibilista proposta por Karl Popper, que determina que o conhecimento científico deve se basear na constante refutação das teorias já firmadas, visando, por meio da superação ou reafirmação dessas teorias, a evolução científica.

Os embates entre as teorias deve se dar por meio da dialética, utilizando os instrumentos linguísticos de comunicação e interação social para que os juristas e estudantes do Direito possam debater as presunções criadas acerca do conhecimento jurídico, aprimorando assim, não só sua criticidade e consciência sobre os assuntos abordados, como também, as próprias teorias que se aplicam ao Direito e devem estar em constante transformação para se adequar as rápidas mudanças e necessidades sociais que se apresentam por meio da realidade fática.

Portanto, o processo cognitivo da ciência do Direito e a transmissão de suas teorias por meio do ensino jurídico, devem ser aperfeiçoados com o uso de uma nova metodologia que invista na interação entre os alunos e na consideração de fontes alternativas, respeitando o viés multifacetário que fundamenta o âmbito jurídico, com a sua devida interligação com outras ciências sociais, prioritariamente, a Sociologia Jurídica.

## REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução Esteia dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CASTRO, Ana Luiza Barroso Caracas de. **O método tecnicista como um obstáculo à aplicabilidade da hermenêutica jurídica**. XVI Encontro de Iniciação à docência. Universidade de Fortaleza, 2016.

COLLYER, Francisco Renato Silva. **O espetáculo do telejornal e a (re)construção da opinião pública sob a perspectiva Luhmanniana**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66937/o-espetaculo-do-telejornal-e-a-re-construcao-da-opinio-publica-sob-a-perspectiva-luhmanniana/1>. Publicado em jun. 2018. Acesso em 23 set. 2019.

CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

CRETELLA JR., José. **Primeiras lições de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DURKHEIM, Emile. **Sociology and philosophy**. London: Taylor & Francis e-Library, 2009.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Trad. De René Ernani Gertz. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1986, c1967.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GERLERO, Mario Silvio. **Introducción a la Sociología Jurídica**: actores, sistemas y gestión judicial. Buenos Aires: David Grimberg, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Truth and justification**. Translated by Barbara Fultner. Massachusetts: MIT Press, 2003.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LAPUENTE, Manuel Rodriguez. **Sociologia Del Derecho**. México: Porrúa, 1996, pp. 107-133.

LIMONJI FRANÇA, Rubens. **Hermenêutica Jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1988.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. California: Stanford University Press, 1995.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982b.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Pluralismo e Unicidade na Busca de Segurança Jurídica**, in Revista de Sociologia Jurídica, Número 6. Jan./Jun. 2018.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito**: conceito, objeto, método. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARTINS, Daniele Comin. Pluralidade e Pluralismo: Breve incursão nas teorias pluralistas do Direito, in Revista de Sociologia Jurídica, Número 6. Jun./Jun. 2008.

NOVAES, Elizabete David. *Perspectiva Sociológica e Pluralismo Jurídico: a necessidade de superação do bacharelismo tecnicista na formação do profissional do direito*. In **Revista de Sociologia Jurídica**, n. 1. jul./dez. 2005.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estêvão de Rezende Martins. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESCHER, Nicholas. **Presumption and the practices of tentative cognition**. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica: para um nuevo sentido común en el derecho**. Madrid/Bogotá: Trotta/ILSA, 2009.

STIVAL, Mariane Morato. **Confiança e medo nas cidades globais: considerações acerca do pensamento de Zygmunt Bauman**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40918/confianca-e-medo-nas-cidades-globais-consideracoes-acerca-do-pensamento-de-zygmunt-bauman>. Acesso em: 8 out. 2019.

TARUFFO, Michele. **La semplice verità**. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho**. 2ª ed. Madrid: Dykinson, S.L., 2018.

Recebido em: 12 fev. 2020.

Aceito em: 15 maio 2020.



# LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA EN EL PROCESO CIVIL ROMANO

María Olga Gil García

Universidad de Burgos, Espanha

ogil@ubu.es

**RESUMEN:** En este estudio situamos el origen de la congruencia de la sentencia en los procedimientos de Derecho romano, el *ordo iudiciorum privatorum*, y la *cognitio extra ordinem*, y sus parecidos con el concepto vigente, señalando especialmente las consecuencias de la sentencia incongruente para el juzgador y la aplicación o no del cuasidelito *litem suam facere*.

**PALABRAS CLAVE:** Congruencia. *litem suam facere*. *iurare sibi non liquere*. Responsabilidad del juez.

*The consistency (congruence) of the judgement in roman civil-law procedure*

**ABSTRACT:** In this study, we situate the origin of the consistency (congruence) of the judgement in the procedures of Roman Law, *ordo iudiciorum privatorum*, and *cognitio extra ordinem*, and their similarities with the current concept, pointing especially to the consequences of the inconsistent judgement for the courts and the application or otherwise of the quasi-offense *litem suam facere*.

**KEYWORDS:** Consistency (congruence), *litem suam facere*, *iurare sibi non liquere*, responsibility of the court.

*A congruência da sentença no processo civil romano*

**RESUMO:** este estudo, situamos a origem da congruência da sentença nos procedimentos de Direito Romano, o *ordo iudiciorum privatorum*, e a *cognitio extra ordinem*, e suas semelhanças com o conceito vigente, assinalando especialmente as consequências da sentença incongruente para o julgador e a aplicação ou não do quase-delito *litem suam facere*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Congruência. *Litem suam facere*. *Iurare sibi non liquere*. Responsabilidade do juiz.

## INTRODUCCIÓN

La congruencia procesal es un requisito interno de la sentencia que relaciona lo solicitado por las partes procesales en un pleito y lo que finalmente otorga el juez en su fallo. El objetivo de este estudio es ver como se ha ido conformando esta cualidad de la sentencia, desde prácticamente su inexistencia hasta su construcción doctrinal actual con base principalmente en el proceso romano. Para ello hemos utilizado las fuentes y observado como en la *cognitio extra ordinem*, ya se aplican criterios de incongruencia similares a los actuales. Hemos partido del concepto y de su reconocimiento implícito en los distintos sistemas procesales romanos, que llegan a aplicarla aún sin referir su nombre, incluyendo la diferente responsabilidad del juez ante una resolución incongruente, para seguir revisando su incorporación tanto en la Recepción como en la Codificación, finalizando con su anclaje en la Constitución española de 1978.

## 1. CONCEPTO

La sentencia civil es el acto procesal por excelencia, aquél por el que el Derecho se hace vivo al aplicarse al caso concreto. Ese pronunciamiento será la consecuencia del razonamiento lógico y volitivo del juzgador. El juez debe estimar tanto los hechos como el derecho aplicable y, con todo ello, concluir cual será el fallo de su resolución. La correlación entre lo pedido por los actuantes y lo resuelto por el juez será la congruencia.

La doctrina romanista rara vez se refiere de forma concreta al término congruencia, por tanto no suele definirla, una excepción será el concepto que nos brinda MURILLO quien entiende por sentencia congruente, aquella que adecúa las peticiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito y la parte dispositiva de la resolución judicial<sup>1</sup>.

La congruencia tradicionalmente, se une y se estudia junto a la motivación, y esto es así porque ambas se relacionan con la decisión última del proceso, la congruencia con la decisión de acceder o no a la petición y la motivación con su porqué. En este sentido el Derecho romano lo primero que nos muestra es que, si atendemos a la cronología histórica, la sentencia será primero congruente y más tarde, motivada explícitamente<sup>2</sup>. Indudablemente, el juez cuando decide, lo hace motivado por algo, pero la obligación jurídica de explicar expresamente su voluntad es posterior. Si bien, tanto la congruencia como la motivación manifestada por el juzgador, serán fundamentales para poder recurrir la decisión y armar una buena defensa. Si se carece de motivación la indefensión es clara, puesto que no se pueden romper los razonamientos del juzgador que le han llevado a condenar, y como consecuencia proponer otra solución que cambie el sentido de esa sentencia recurrida.

La necesidad de congruencia obedece a que la conclusión definitiva del proceso no puede ser arbitraria, para evitarlo el juzgador está sujeto y obligado, a responder únicamente a las pretensiones planteadas por las partes, centradas en los hechos que resulten probados, “*da mihi factum, dabo tibi ius*”. El efecto principal será, que sobre estas pretensiones y con esos actores tampoco se puede volver a entablar nuevo juicio, es decir, la extensión del efecto *res iudicata*<sup>3</sup> ya presente en los procesos romanos.

Los hechos como presupuesto de la congruencia son esenciales para el contenido de la sentencia que además cuenta con un contenido jurídico, pues bien, la congruencia se centra en el primero, es decir, en los hechos que prueban la pretensión y que condicionan el fallo. Y esto es así, porque el juez no está sujeto al derecho alegado, dado que, si se afirma un contenido jurídico inadecuado, el juzgador puede mudarlo directamente por el correcto y adaptarlo al caso concreto, en aplicación del principio *iura novit curia*. Como advierte TALAMANCA<sup>4</sup>, ya en el procedimiento formulario rige este principio aunque no esté abiertamente formulado. Así,

---

<sup>1</sup> MURILLO VILLAR, A., La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho* n° 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995, p.11.

<sup>2</sup> Respecto a la motivación véase MURILLO VILLAR, A., op. cit. p. 11 y ss., también del mismo autor: Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español. *Teoría e storia del diritto privato*, 2012, p. 8 y ss. Concretamente en la primera obra citada, p. 45, advierte que la motivación de las sentencias es algo connatural a cualquier proceso, negarla en la *cognitio* oficial, es minusvalorar la técnica procesal romana. Añade que, según las fuentes, hasta el siglo III no encontramos ni juristas, ni constituciones, que expongan o recojan cuestiones acerca de las sentencias motivadas y su exigibilidad. Será a partir del siglo IV, según C. Th. 4, 17, 2 y C. 7. 44. 2, cuando pasará a ser una exigencia formal. Ni siquiera una vez obligatoria la motivación se mantiene en el tiempo, así en la Novísima Recopilación de las leyes de España T.V. Libro XI, título XVI, Ley VIII, Don Carlos II, por Real Cédula de 23 de junio de 1778 obliga a que cese la práctica de motivar las sentencias y extenderlas en latín. También en ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber de motivar las sentencias, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1977, n° 4, p. 899 y ss.

<sup>3</sup> Modestino en D. 42. 1. 1. *Res iudicata dicitur, quae finem controversiam pronuntiatione iudicis accipit*.

<sup>4</sup> TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 354.

cuando las cuestiones eran complejas, el juez, que era lego, era socorrido por los *responsa prudentium* y por los *rescripta* del emperador que le perfeccionaban en estos aspectos. También lo confirma D. 49. 8. 1. 2 cuando señala que, si se juzga contra las sacras constituciones, es decir, contra derecho, se permite la apelación; o en C. 7. 64. 2, cuando se advierte que el juez debe decidir *secundum leges*, lo contrario se corrige con la emisión de una sentencia sin fuerza vinculante. Por todo lo anterior, la coherencia se refiere al contenido fáctico del proceso, sobre él que recaerá la prueba, y consecuencia de lo probado deberá resultar una decisión congruente.

Otra dificultad añadida a la posible definición de congruencia en Derecho romano resulta de la propia existencia de dos sistemas procesales con tres procedimientos, en los que no siempre podremos entender que hay sentencias congruentes, como sucederá en los más antiguos, aunque poco a poco, se vaya conformando un concepto de congruencia similar al actual.

Quizá esta circunstancia haga que hoy día, con un único proceso civil, este concepto sea mucho más claro tanto doctrinalmente, como jurídicamente. Doctrinalmente, sabemos que la sentencia debe ser congruente y estar motivada<sup>5</sup>, puesto que es un acto personal del juez, no libérrimo<sup>6</sup>, sino condicionado por la función que desempeña: decidir de forma definitiva, sobre las cuestiones que en exclusiva se han planteado en ese pleito civil por las partes procesales. Será en Derecho procesal dónde encontramos múltiples definiciones de ella. Sirvan como ejemplos los siguientes: la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso<sup>7</sup>; la correlación que debe existir entre la pretensión procesal y, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la sentencia<sup>8</sup>; a *sensu contrario* se habla de la falta de adecuación entre las pretensiones de las partes formuladas oportunamente y la parte dispositiva de la resolución judicial<sup>9</sup>; o conformación de la sentencia al pedimento<sup>10</sup>, entre otras. La congruencia se concibe, por tanto, como un principio procesal, incluido dentro del debido proceso, como un límite al poder discrecional del juez. La incongruencia incluso, en sus supuestos más graves, puede estar relacionada, como ya hemos advertido, con la arbitrariedad, serán aquellos casos en los que el juez excede su potestad, bien porque éste concede más o diferente de lo pedido, menos, o dicta una resolución que en sí misma es contradictoria.

<sup>5</sup> MURILLO VILLAR, A., La motivación..., cit., p.11, ya advierte que actualmente, en cualquier sistema procesal mínimamente desarrollado, se exige que toda sentencia, además del fallo o parte dispositiva, reúna dos requisitos fundamentales: que sea congruente y que esté motivada.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ AGUILERA, C., *La sentencia*, Barcelona, Bosch, 1974, p. 13 y 14.

<sup>7</sup> GUASP - ARAGONESES, J., *Derecho Procesal Civil*, T. I. Madrid, Thomson, 2005, p. 540.

<sup>8</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 348

<sup>9</sup> SERRA DOMINGUEZ, M., "Incongruencia civil y penal" en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 395, 397.

<sup>10</sup> PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., "El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción", *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Revista de Derecho privado*. Barcelona, 1969, p. 288.

Por otro lado, jurídicamente, su regulación descansa en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, que es bastante descriptivo, primero se refiere al concepto<sup>11</sup>, seguido hace una referencia al *iura novit curia*<sup>12 13</sup>, en su punto segundo alude a la motivación<sup>14</sup>, finalizando con una referencia a la exhaustividad de la sentencia<sup>15</sup>.

Advertir que se aplica tanto en las sentencias civiles como penales, es obvio puesto que conforma parte de los requisitos internos de la sentencia, si bien nosotros centramos nuestro estudio en el proceso civil, dado que es en el que rige el principio dispositivo y de aportación de parte, esencialmente unidos a la congruencia<sup>16</sup>.

En este contexto se dicta la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil 23 de diciembre de 2015 que prohíbe las cláusulas suelo, dentro de la aplicación de las normas comunitarias que se han dictado para tutelar los derechos de consumidores y usuarios en el ámbito del derecho bancario. Sentencia que guarda relación con otras<sup>17</sup> que están revisando el contrato de préstamo hipotecario suscrito para garantizar la compra de vivienda, y fundamentalmente la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que incluso han dado lugar a que el legislador impulsara una nueva normativa hipotecaria nacional, la Ley de los Contratos de Crédito Inmobiliario, Ley 5/19 de 15 de marzo.

---

<sup>11</sup> “1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.”

<sup>12</sup> “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

<sup>13</sup> Actualmente el principio *iura novit curia* comporta que el derecho alegado por la parte no obliga al juzgador a efectos de congruencia, siempre que no modifique la *causa petendi*, lo contrario STA TC 166/2006 de 5 de junio, sería dictar resolución sin debate. Según esta sentencia del TC, FJ 5, concurre una incongruencia omisiva y una incongruencia *extra petitum*, aplicándose por parte de este Tribunal los cánones de enjuiciamiento aplicados a esos dos tipos de incongruencia. “Sobre el vicio de incongruencia con relevancia constitucional numerosas resoluciones de este Tribunal han configurado un cuerpo de doctrina, según el cual «el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum* –. Ciniéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi*, alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*»” (STC 264/2005, 24 de octubre, F. 2, y 40/2006, de 13 de febrero, F. 2). Incluso jurisprudencia constitucional referida a la ley de Enjuiciamiento anterior como la STA TC 20 de mayo de 1991, también nos advierte de que “los tribunales no tienen necesidad ni obligación de ajustarse en los razonamientos jurídicos... Sin que ello suponga incongruencia procesal alguna”.

<sup>14</sup> “2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.”

<sup>15</sup> “3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.”

<sup>16</sup> El estudio se centra en el proceso civil, en el proceso penal también es aplicable el principio porque el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no menciona la congruencia de forma expresa por lo que se aplica de forma supletoria la ley civil, pero dados los principios procesales y el propio proceso penal su contenido es diferente al civil y no es objeto de este estudio.

<sup>17</sup> En este sentido las principales sentencias son la del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y la del Tribunal de Justicia de Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

En esta sentencia del 2015, se trata, entre otras cosas, en su fundamento jurídico segundo, precisamente de lo que a nosotros nos atañe: la congruencia y para ello, refiere el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta resolución se fija en los principios de justicia rogada e incongruencia por alteración de la *causa petendi*. Según dice el órgano juzgador, el motivo se concreta en que, en la demanda, la razón de pedir la nulidad de la cláusula suelo se centraba en un pretendido desequilibrio entre las partes y, sin embargo, la condena se ha basado en una falta de transparencia de aquélla. Este cambio se justifica por la Sala basándose en que este aspecto ha sido ya resuelto por ella en el auto de 6 de noviembre de 2013<sup>18</sup>.

En aquella resolución del 2013 se establecía que «en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de un eventual abuso de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas».

El auto recordó que la “correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo “*iura novit curia*” [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio)”.

Según nuestro Derecho vigente y nuestra Jurisprudencia, la congruencia supone la correlación, no mimética, entre lo que han sido las pretensiones de las partes y el fallo, y puede ser congruente una sentencia que resuelva algo diferente a lo solicitado, si ambas partes han podido expresarse y alegar lo que a su derecho convenga, sin suponer una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión<sup>19</sup>. El Tribunal Constitucional en sentencia 9/1998 de 13 de enero llega a precisar que la falta de congruencia incluso puede causar una lesión al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestro Texto Constitucional. Veamos si en Derecho romano se comparte este contenido respecto a la congruencia para así, como dice MURILLO poder aportar al jurista de derecho positivo, principios y contenidos, que le permitan criticar, y analizar con profundidad las soluciones que se han dado a lo largo del tiempo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En esa sentencia se resolvía el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra una sentencia del Pleno nº 241/2013, de 9 de mayo.

<sup>19</sup> Según la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2016, una sentencia será incongruente por infracción de sus normas reguladoras por concederse lo no pedido. Otra sentencia de la Sala I de 19 de febrero de 2016 del mismo Tribunal también se refiere a la necesidad de no volver a analizar cuestiones que no han sido objeto de recurso de apelación ni en el escrito de oposición al mismo por haber quedado firmes sin impugnación.

<sup>20</sup> MURILLO VILLAR, A., *¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI*, Santiago de Compostela, Andavira, 2018, p. 161, 163. El Derecho romano también tiene su reflejo en estos conceptos jurídicos procesales, y puede aportar en la construcción de un nuevo derecho común europeo, y es útil, puesto que como añade MURILLO, Europa no se va a inventar ningún ordenamiento *stricto sensu*, sino que va a partir de aquellas regulaciones comunes y tradicionales.

## 2. RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DE LA CONGRUENCIA EN LAS FUENTES JURÍDICAS ROMANAS: EVOLUCIÓN EN SUS DISTINTOS SISTEMAS PROCESALES.

Los romanistas, cuando estudian la sentencia, ya hemos señalado que no se refieren expresamente a la congruencia con este término. Su reseña es implícita y la aproximación a su concepto viene dada del análisis de expresiones como éstas: principio de fidelidad de la fórmula<sup>21</sup>; dar sentencia conforme a los términos de la fórmula procesal<sup>22</sup>; la sentencia debe ajustarse, en cuanto a su contenido al programa procesal<sup>23</sup>; el juez está estrechamente unido a los términos de la controversia, a los *concepta verba* de la fórmula<sup>24</sup>... , todas ellas expresiones relacionadas con la congruencia básicamente en el procedimiento formulario. Esto nos hace pensar, que indudablemente, se ha estudiado la congruencia por los romanistas, pero sin reparar en ello, así es curioso ver como estudios y textos jurídicos romanos sobre la responsabilidad del *iudex*, sobre la motivación de la sentencia romana, o sobre el mismo principio de *litem suam facere* tienen otra lectura desde la congruencia. Pasemos a analizar esta coherencia procesal con más detalle, en los distintos sistemas romanos.

### 2.1. En el *ordo iudiciorum privatorum*

En este sistema procesal tenemos que referir que son muchas las dificultades para encontrar fuentes fiables de las cuales colegir la cuestión que nos ocupa, esa correspondencia entre lo pedido y lo referido en la sentencia.

#### 2.1.1. *Legis actiones*

La primera y fundamental dificultad con la que nos encontramos, es que este procedimiento era eminentemente oral<sup>25</sup> por lo que no lo conocemos con detalle, y resulta muy arduo apreciar la existencia de congruencia en la sentencia. Sabemos que las partes debían estar presentes, que debían pronunciar sus pretensiones con gran precisión y a este respecto, ya Gayo, en Instituciones 4.11, advierte que, en las acciones de ley, el reclamar sin fidelidad a la acción, puede dar al traste con la petición. Da el conocido ejemplo del reclamo de unas cepas cortadas, alegando una acción de las XII Tablas que se refiere a árboles cortados, por la que el demandante solicita ser resarcido, pero como en su petición relata cepas y no árboles cortados pierde la cosa reclamada. El *iudex* no tiene ninguna facultad ni siquiera para adecuar el lenguaje de lo pretendido, que debe coincidir exactamente con la acción de petición. Esta rigidez en la primera fase del proceso nos hace pensar que el juez carecía de toda discrecionalidad a la hora de decidir. Lo

<sup>21</sup> Sirva como ejemplo PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho romano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 179 dice el autor que la sentencia se debe ajustar exactamente a la fórmula, a lo que en ella figura sin poder corregir cualquier posible error y sigue explicando casos de congruencia, como en el caso de que se pida más de lo debido, *plus petitio*, al no resultar probada en su totalidad la pretensión del actor, deberá, necesariamente absolver, y en cita pone ejemplos referidos a cantidad, peticiones de obligaciones alternativas en las que se exigen ambas en vez de una sola,... casos en los que el actor pierde el litigio y la posibilidad de entablar otro; y en cambio indica como tratándose de *minus petitio*, el actor puede reclamar el resto.

<sup>22</sup> D'ORS, A., *Litem suam facere*, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis. 1982, p. 370.

<sup>23</sup> KASER, M., *Derecho romano privado*, Madrid, ed. Reus, trad. esp., 2º ed, 1982, p. 378.

<sup>24</sup> TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 333.

<sup>25</sup> Por todos, TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 296-298, ya indica el conocimiento escaso del proceso de las *legis actiones* tanto en sus fases *in iure* como *apud iudicem*. Tampoco se conoce mucho sobre la sentencia en este procedimiento.

sentenciado son decisiones puramente declarativas y orales, por ejemplo en la *legis actio per sacramentum in rem*, la verdadera cuestión litigiosa quedaba como algo secundario e implícito, tras la complicada ceremonia del *sacramentum*<sup>26</sup>. De ahí que, en términos de congruencia, no podamos concluir su exigencia.

Mientras hoy se discute si la congruencia puede entenderse como requisito interno de la sentencia o como principio del proceso, ya se considere autónomo o se estime derivación del principio dispositivo<sup>27</sup>, desde el Derecho romano podemos indicar que, si nos atenemos a su origen, la congruencia no es un requisito autónomo de la sentencia, al menos en las *legis actiones*. Más adelante, con la inclusión de un principio dispositivo más consolidado, así como la aplicación del principio contradictorio y de aportación de parte, sí se exigirá congruencia, si bien nunca expresamente.

### 2.1.2. Procedimiento formulario

De la bipartición del proceso en el procedimiento formulario se infiere la existencia o inexistencia de congruencia en las sentencias, puesto que tenemos dos puntos neurálgicos, íntimamente relacionados, que nos sirven a este propósito: la *litis contestatio* al final de la fase *in iure* y la sentencia de la fase *apud iudem*. Así, el juez en la fórmula, en ese breve escrito, bien en la *condemnatio*, bien en la *adiudicatio*, deja predeterminada la cuestión del litigio y determina el contenido de la futura sentencia que el *iudex privatus* dictará. Desde ese momento, queda inalterable quiénes son los litigantes, su legitimación o interés en el pleito, la cosa o la cuantía litigiosa reclamada, el fundamento jurídico o *causa petendi* y por supuesto, el *iudex* elegido. Es decir, se observan los requisitos de congruencia subjetivos y objetivos: correlación en cuanto a las partes procesales, pues la sentencia no se va a poder imponer a sujetos fuera de la relación procesal *sub iudice*; y respecto al objeto del proceso, se decidirá sobre la prestación aducida, la relación jurídica, o el acto o negocio jurídico tratado, y no otro.

Esta fijación de los términos conduce a diferentes consecuencias<sup>28</sup>, primero, que el juez sólo puede afectar en su sentencia a estos litigantes o sus representantes<sup>29</sup>; que lo será respecto a la cosa litigiosa o la cuantía pecuniaria solicitada, así, si ésta era cierta el juez se debe atener a esa petición, aun a riesgo de que haya cambio de valor posterior a la *litis contestatio* y antes de la sentencia; que en la *litis* se añada la contestación del demandado, y que con todos estos elementos quede fijado el litigio, es decir, la *causa petendi*, puesto que posteriormente, por la regla de *ne bis in idem*, no cabe otro pleito con los mismos sujetos, objeto y causa de pedir, estamos ante una *res iudicata*. Como bien dice TALAMANCA, el contenido de la sentencia venía predeterminado de forma más o menos precisa en la *condemnatio*, es más, añade que sólo esa parte de la fórmula será sobre la que la voluntad de las partes y el *iussum iudicandi* del magistrado otorguen

<sup>26</sup> MURGA GENER, J. L., *Derecho Romano Clásico, II. El Proceso*, 2ª ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983, p. 141.

<sup>27</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la congruencia de la sentencia civil. Sobre la congruencia de la sentencia civil y penal. Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1980, p. 591.

<sup>28</sup> MURGA GENER, J. L., *op. cit.*, p. 299 y ss.

<sup>29</sup> El *Procurator*, que había sido incluido en la fórmula será quien después aparecerá en sentencia y el llamado a ejecutarla por la *actio iudicati*.

poder al *iudex* para condenar o absolver, “*qua iudici condemnandi absolvendive potesta permittitur*”<sup>30</sup>. En este procedimiento “la ley para el juez era la fórmula”<sup>31</sup>.

En D. 10. 3. 18, explica Javoleno que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio. Y es un deber tal, que la falta de congruencia se penaliza, así por ejemplo cuando la *condemnatio* de la fórmula es *certa* y el juez decide más o menos de esa cantidad, *litem suam facere*, (Gayo 4, 50 y 52). Igual sucede cuando el pretor hubiere señalado una *taxatio*<sup>32</sup> y el juez desobedece la cláusula *dumtaxat sestertium decem milia condemnato* (Gayo 4, 51 y 52). Por tanto, no sentenciar conforme al tenor de la fórmula supone que el juez quede obligado a hacer suyo el proceso, y la consecuencia es cometer ese cuasidelito, que en opinión mayoritaria de la doctrina presume que el pronunciamiento es nulo<sup>33</sup>, aunque Gayo en su obra no lo indique explícitamente.

La congruencia en el procedimiento formulario sí se va conformando, concretamente afecta al contenido de la sentencia; la *condemnatio* era parte esencial de la fórmula (salvo en las acciones prejudiciales o declarativas) por la que se otorga al juez la facultad de absolver o condenar, según resulten probadas las pretensiones incluidas en ella. La vinculación del juez es clara, la *condemnatio* le obliga a decidir con poco margen de discrecionalidad, pero con más amplitud que en las *legis actiones*, al menos con el suficiente como para valorar si se está o no respondiendo en la sentencia de modo acorde a lo pedido.

Revisando los casos de *condemnatio certa*, cuando la suma a que el juez deberá condenar está determinada en la *intentio* (G. 4, 40, 50, 52) la sentencia sólo puede ser congruente, no cabe la incongruencia porque la cantidad está prefijada en la cantidad estimada que se concede o deniega. Algo similar sucede con la *condemnatio incerta*, pero en este caso el juez tiene cierto margen para determinar esa suma, y decidir si concede el máximo o el mínimo de la cantidad referida. Éstas a su vez pueden ser *condemnatio incerta cum taxatione* en la que se le fija al juez un límite o una cantidad máxima a tener en cuenta en la sentencia (G. 4. 51) o *condemnatio incerta* en la que no se limita al juez la cantidad a que debe condenar que será el valor del objeto litigioso, *quanti ea res erit, tantam pecuniam ... o quanti interest*, en la que se obliga al juez a condenar por una suma equivalente a los daños y perjuicios sufridos, (G. 4. 51); otra *condemnatio incerta* es *quidquid dare facere oportet ex fide bona*, en la que se obliga al juez a que condene con arreglo a lo que se debe dar o hacer según la buena fe. En estos casos la labor del juez no es tan automática y existen posibles resoluciones, todas diferentes, pero congruentes. Como se resume en I. 4. 6. 32, el juez debe cuidar de proferir siempre, en cuanto le sea posible, sentencia de cantidad determinada o de cosa cierta, aunque ante él se haya procedido por cantidad incierta<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> TALAMANCA, M., *op. cit.*, p. 354 y p. 310. Según KASER M., *op. cit.*, p. 378, la sentencia debe ajustarse en cuanto a su contenido al programa procesal.

<sup>31</sup> PARICIO, J., *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, p. 75.

<sup>32</sup> La *taxatio* suponía que el importe de la condena no podía exceder de un *maximum*, el juez, por tanto, quedaba obligado en su *aestimatio* a no sobrepasar ese *quantum*, aunque sí que podía condenar a una cantidad menor, limitando el poder de decisión del juez. La *taxatio* en las *actiones bonae fidei* está documentada, principalmente en la compraventa (D. 19.1 *de actionibus empti et venditi*; C. 4. 49), disponiendo que la suma a fijar en la *condemnatio* la debía medir el juez, con lo que se permitía incluir la cláusula de la *taxatio* para fijar el límite máximo de condena en la sentencia.

<sup>33</sup> D'ORS, A., *op. cit.*, p. 372. CREMADES, I., Y PARICIO, J., La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico, en AHDE 54, 1984, p. 183, GIUSTO. *Per una storia del litem suam facere. Studia et documenta historiae et iuris*, n° 71. 2005, Città del Vaticano, p. 462. FUENTESECA, M., El enigmático significado de *litem suam facere*. IVRA: rivista internazionale di diritto romano e antico, n° 63- 2015, Napoli, p. 30.

<sup>34</sup> D. 7. 4. 6. 32. *Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

En este contexto del procedimiento formulario, Ulpiano, en D. 42. 1. 55, advierte que, si un *iudex* condenó a más o menos, no puede alterar su sentencia. Esto puede interpretarse como que el juzgador puede dar sentencias válidas con contenidos diferentes a la fórmula *ultra petita* o *infra petita* y, sin embargo, ser inamovibles. De ahí que, ese efecto de cosa juzgada que adquiere la sentencia, deba ser contrarrestado de alguna forma, en este caso la prevista es el cuasidelito, que penaliza al juzgador, a quien hace subrogarse en la posición del afectado y hacer suyo el proceso. Todo ello con más razón si, como sucede en el *ordo iudiciorum privatorum*, no hay apelación posible, ni órgano ante el que revisar esta sentencia. Por tanto, la resolución incongruente que no es evitable en sí misma, en todo caso puede ser causa de sanción para el juez, pero *a posteriori*.

### 2.1.3. Responsabilidad por incongruencia: *litem suam facere*

La reprobable conducta del juez que *litem suam facere* abarca supuestos más allá de la mera responsabilidad del juez que dicta sentencia sin ajustarse a la fórmula<sup>35</sup>, de tal modo que su contenido se extiende a supuestos sobre la responsabilidad del juez por falta de imparcialidad al dictar sentencia, incluyendo en su descripción posibles casos de dolo, (D. 5.1.15.1), que quedarían fuera de los supuestos de incongruencia.

Pero lo que nos interesa son otros supuestos castigados por este cuasidelito, los casos de incongruencia omisiva o *ex silentium*, es decir, la falta de respuesta al litigio, no obedecer lo prescrito por el *officium iudicis*, D. 5. 1. 74. pr. (Jul. 5 dig.), D. 42. 1. 55 (Ulp. 51 ad Sab.), casos de simple omisión, sin ser una negativa a juzgar. Esta circunstancia, que se refiere a la exhaustividad de la sentencia, invita a reflexionar sobre si cabe la respuesta parcial a las pretensiones de un pleito (actualmente no es posible) y si esto podía dar lugar a una sentencia incongruente o solamente incompleta, y en ese caso lo que procede es completarla a petición de parte, y con ello evitar el cuasidelito.

Para sortear la sanción por esa conducta omisiva, el único remedio con el que cuenta el juzgador es *iurare sibi non liquere*. Cuando el *iudex* era nombrado, prestaba un juramento por el que se obligaba a actuar con arreglo a lo *bonum et aequum*<sup>36</sup>, de ahí que si quería exonerarse de ese compromiso, y por tanto apartarse del juicio y no resolver, debía volver a jurar, esta vez con el juramento de no ver clara la solución del pleito. De tal manera que, al liberarse del primer juramento, se podía proceder a nombrar otro *iudex*. Tenemos pocas noticias sobre esta práctica, sabemos que antes de dar este paso el juez tenía la opción de retrasar su veredicto utilizando un aplazamiento por medio de la *diffissio*<sup>37</sup>, pero si después seguía sin argumentos para resolver, podía *iurare sibi non liquere*<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> CREMADES, I., Y PARICIO, J., *op. cit.*, p. 179 y ss., D'ORS, A., *op. cit.*, p. 368 y ss. DE MARTINO, F., *Litem suam facere*, *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"*, 1988, p. 1 y ss. FUENTESECA, M., *op. cit.* p. 29 y ss. GIUSTO, *op. cit.*, p. 457 y ss. SCAEVOLA In margine al *litem suam facere* in età postclassica e giustiniana. *SDHI. Studia et documenta historiae et iuris*, n° 79, 2013, p. 423 y ss.

<sup>36</sup> Justiniano en una Constitución referida en C. 3. 1. 14. pr. menciona la antigua obligación de jurar de los jueces, de cómo iban a acordar sentencia definitiva conforme a la verdad y a la observancia de las leyes.

<sup>37</sup> Ulpiano, D. 4. 8. 13. 4. (Ulp. 13 ad ed.) indica que, si el juez es apremiado por el Pretor para dictar sentencia, será muy justo que, si jura no estar aún bien instruido, se le dé espacio para pronunciar su juicio.

<sup>38</sup> PARICIO, J., "Iurare sibi non liquere", en *Acti del III Seminario romanístico gardesano* (Milán, 1988), p. 414-416. Del mismo autor *Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados*, Madrid, Civitas, 1987, p. 21 y ss.

Como hemos visto, el *iudex* tiene obligación de resolver (D. 5. 1. 74), (D. 42. 1. 55) sino incurre en responsabilidad, además lo debe hacer de manera congruente, vinculado con la fórmula. Es más, el *iudex* responderá de todos los casos en los que su sentencia produzca perjuicio a los litigantes, puesto que no hay apelación posible. La consecuencia para el *iudex* no era baladí, dado que en estos casos podía ser perseguido por medio de la *actio si iudex litem suam facere*<sup>39</sup>. Este cuasidelito al que ya se alude en las XII Tablas, suponía la sanción al juez que emitía una sentencia injusta, lo que podía arrastrar otro efecto, cual es que la víctima interpusiera contra el juez una *actio in factum* dirigida a hacerle pagar una pena pecuniaria calculada *in id quod aequum iudici videbitur*. Ante este riesgo, el juez gozaba del *iurare sibi non liquere*<sup>40</sup>. Un caso especial supone la actuación de un órgano judicial colegiado, así en un texto de Paulo, D. 42. 1. 36 (Paul. 17 ad ed.) se alude a un caso en el que siendo varios los juzgadores, sólo uno no vea claro, y advierte que en tal caso la sentencia prevalece, aunque aquél disienta.

Como podemos observar, en el procedimiento formulario, no hay una consecuencia mímética entre lo pedido en la demanda junto a la contestación, con el respectivo fallo; no es preciso que éste se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. A este respecto el juez no incurrirá en responsabilidad y estará obligado a pronunciar sentencia si, como dice Juliano, en D. 5. 1. 74. 1, el juez a quien se demandó juzgar hasta cierta suma, juzga sobre mayor cuantía, cuando se haya convenido entre los litigantes, o dicho de otro modo, si hay acuerdo entre ambos<sup>41</sup>. Con esto nos vamos aproximando al concepto de congruencia actual, puesto que, con ese acuerdo de las partes, además se cumplen principios procesales como el de contradicción o el de aportación de parte.

Así pues, en el *ordo iudiciorum privatorum* nace la exigencia de la congruencia en el procedimiento formulario, aunque no en toda la extensión del concepto. La estructura bipartita de estos procesos la favorece, ya que a la vez que se elige al juez llamado a sentenciar, se fijan los términos sobre los que debe pronunciarse. LLOBELL advierte que este principio de fidelidad a la fórmula es tan absoluto que sí, siguiéndola se concluye en una sentencia absurda, el juez no tiene facultades para evitarla<sup>42</sup>, salvo por la ya citada inhibición del juramento *rem sibi non liquere*. SAVIGNY nos indica que en el procedimiento formulario la *intentio* y la *demonstratio* servían para fijar el contenido y la extensión de lo que debía adquirir la autoridad de cosa juzgada en virtud de la sentencia<sup>43</sup>, y CALAMANDREI añade que la fórmula es una sentencia hipotética, que el juez debe transformar en definitiva apurando los hechos<sup>44</sup>.

Como resumen, en este procedimiento la congruencia ya es un requisito interno, natural y esencial del fallo. La congruencia, como elemento de la sentencia, aunque guarda mucha relación con la motivación, es decir, con el por qué el juez llega su conclusión, es anterior a la expresión de esta última, dado que en este sistema la razón o razones por la que el *iudex* funda su decisión no se tienen que explicitar<sup>45</sup>. Las partes procesales y el magistrado determinan en la fase

<sup>39</sup> Vid. CREMADES, I., y PARICIO, J., *op. cit.*, p. 179 y ss.

<sup>40</sup> PARICIO, J., “*Iurare* .... p. 411 y ss., MURGA GNER, J. L., *op. cit.*, p. 66 y 314.

<sup>41</sup> *De qua re cognovnit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit. 1. Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

<sup>42</sup> LLOBELL TUSET, J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*. Zaragoza, Edita Caja de ahorros y Mote de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, 1985, p. 23 Para ello cita a SÉNECA en *De Beneficiis*, III, 8, 5 “*Illum (iudicem) formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit*” y a CICERÓN (In Verrem, II, 12,31)).

<sup>43</sup> SAVIGNY, M. F. C., *Sistema del Derecho romano actual.*, trad. esp. 2º ed., Tomo V-VI, reimp. Facs. 2004, Madrid, Góngora, p. 237.

<sup>44</sup> CALAMANDREI, P., *La casación civil*, T. I, Historia y Legislaciones, Vol. I trad. esp. Buenos Aires, Librería el Foro, 1961, p. 80 nº 83, p. 56

<sup>45</sup> En cuanto a la motivación en el procedimiento *per formulas*, son varios los autores que así lo atestiguan: MURILLO, *La motivación* ..., *cit.*, p. 14. COSTA, E., *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, Athenaeum, 1948, p. 77. SCIALOJA, V., *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, IVS. Collezione di scritti giuridici, XV Milano-

*in iure*, libremente, los términos de la sentencia, puesto que son los dueños del proceso, los que deciden cual es la cuestión debatida y que hechos deben ser probados. Y el *iudex* deberá decidir como consecuencia de los hechos probados, siendo responsable directo de su decisión. La congruencia, por tanto, es una consecuencia de la propia estructura bipartita de este sistema procesal, pero no alcanza la flexibilidad ni la adaptación que se consigue en la última etapa del proceso civil romano, porque la sentencia en aquél sigue siendo limitada y la responsabilidad directa del juez, no como veremos a continuación en el siguiente proceso romano la *cognitio extra ordinem*.

## 2.2. En la *cognitio extra ordinem*

La manera casi mecánica de resolver los asuntos de la etapa anterior desaparece en la nueva *cognitio extra ordinem*. De todos los sistemas procesales romanos es el que más se asemeja al proceso civil actual y del que tenemos más noticias pues, como dice BIONDI, el proceso moderno es de origen y estructura romana<sup>46</sup>. Surge en los primeros tiempos del Imperio, y quedará como único procedimiento, cuando los emperadores Constancio y Constante, en la Constitución de 10 de febrero de 342, suprimen definitivamente el procedimiento formulario (C. 2. 48. 1). Con él desaparece la bipartición en el proceso y por tanto será el mismo juez el que conozca el proceso de principio a fin. La justicia empieza a ser estatal y el juez se jerarquiza, incluyéndose en la estructura del Imperio, incorporando el recurso de apelación, lo que conducirá a que la responsabilidad del juez sea menos personal y más institucional.

La sentencia concede al magistrado más facultades de decisión, pero dentro del *officium iudicis*<sup>47</sup> que consiste en conocer y decidir el litigio dentro del marco procesal de cada momento histórico, la sujeción a la estructura lógica de la fórmula que antes era absoluta, ahora desaparece y permite un fallo más vinculado a la peticiones de los sujetos procesales.

Si bien en la anterior *litis contestatio* se fijaba el contenido del pleito, en este procedimiento se transforma y se degrada, se desnaturaliza<sup>48</sup>... de ser la base axial en donde se apoyó y basculó todo el litigio clásico, pasa a convertirse en un puro momento de la tramitación procesal que, aunque mantenga la misma denominación, nada tiene que ver ya con lo que antes significó, ni conserva apenas rastro de aquél convenio arbitral que durante tantos siglos proporcionó al procedimiento antiguo y clásico su fuerza esencialmente privatística<sup>49</sup>. En la *cognitio* las partes procesales pierden la libertad y el protagonismo en el proceso, frente a una aplicación de la justicia reglada con estructura funcionarial. Es principal el cambio del *iudex privatus* al funcionario jerárquicamente ordenado en la estructura de Roma. La fijación procesal de la *quaestio litigiosa* es el único efecto a señalar en la *litis contestatio*<sup>50</sup> de la *cognitio extra ordinem* que resulta relevante a efectos de congruencia, unido a la determinación del elemento subjetivo.

Desde luego, a efectos de correlación varía considerablemente, porque si bien antes, la congruencia descansaba en la libertad de que gozaban las partes y el magistrado para fijar las

Roma, 1936, p. 180. GUARINO, A., *Diritto privato romano*, 8º ed. Napoli, Jovene, 1988, p. 231. PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, Padova, Sintesi, 1986, p. 362.

<sup>46</sup> BIONDI, B., *Intorno alla rominità del processo civile moderno*, BIDR 42, Roma, 1934, p. 430: "Il processo moderno è dunque di origine ed impostazione romana, sempreché intendiamo riferirci non a quel processo formulare, típicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella cognitio extra ordinem che sorge fin dai primi tempi dell'Impero, si consolida ed allarga via via nella prassi giudiziaria, finché con Giustiniano si afferma come único sistema procesuale."

<sup>47</sup> TALAMANCA, M., s.v. *Processo civile (diritto romano)* en *Enc. dir XXXVI*, Milano, Giuffrè, 1987, 1 y ss.

<sup>48</sup> KASER M., *op. cit.*, p. 385.

<sup>49</sup> MURGA GENER, J. L., *op. cit.*, p. 374.

<sup>50</sup> KASER M., *op. cit.*, p. 385. MURGA GENER, J. L., *op. cit.*, p. 381.

pretensiones en la *litis contestatio* y la solución consecuente del juzgador<sup>51</sup>, sin embargo, ahora el magistrado, que lo es de principio a fin, tiene mucha más intervención en este proceso de fase única. Asume, por un lado, la *iurisdictio* y por otro la *iudicatio*, sustituyendo al de la justicia privada, reúne más facultades respecto a su resolución, porque la función de juzgar ya no es privada, es pública y el juez ya no responde ante una decisión incongruente haciendo suyo el proceso, sino que existe la posibilidad de apelar.

El juez, por tanto, tiene gran poder discrecional, ceden las fórmulas, y las partes procesales pierden libertad, puesto que ya no eligen juzgador, las pruebas son tasadas, la *litis contestatio* se reduce a un mero trámite, la fijación de los términos del proceso es más difusa, por lo que a efectos de congruencia no se predetermina el contenido de la sentencia con tanta concisión, y en el contenido de la sentencia encontramos un antecedente más claro del proceso actual. Así, esta coherencia consistirá en que haya armonía entre lo solicitado por las partes (incluyendo reconvencciones, réplicas y dúplicas) y lo concedido o denegado por el juez. Ahora el juez ya puede condenar a pagar cantidad o a restituir cosa cierta, pero esto no supone que el juez nombrado para cierto asunto, pueda fallar sobre algo distinto de lo que a ese asunto se refiere, porque como se recuerda en las fuentes, en tal caso no hizo cosa válida<sup>52</sup>, como se desprende de C.7. 48. 1 (Imp. Alexander A. Sabiniano) *ludex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiavit, quam quod ad eam rem pertinet, nihil egit.* (223). Mostrando un primer ejemplo de incongruencia *extrapetitum*.

A partir de esta época, es frecuente encontrar más ejemplos de incongruencia de todo tipo. Por *extrapetitum*, contamos con casos en los que el magistrado resuelve cosa ajena a la promovida ante él y ello es razón suficiente para recurrir. Así, en C. 7. 48 .3, cuando los emperadores Diocleciano y Maximiano, indican que, si el juez fue nombrado para conocer de la propiedad, si no resuelve sobre ésta y en cambio responde sobre posesión, se puede recurrir ante el gobernador de la provincia.

C. 7.48.3 (Imp. Diocletianus et Maximianus AA.et CC. Philetae) *Si de proprietate datus iudex adversus te nihil super hac statuit, rector aditus provinciae causam hanc cognoscere suaque decidere sententia curabit, cum et, si quid de possessione pronuntiatum probetur, hoc causae proprietatis minime noceat.*

Otra consecuencia de este hecho es que la falta de coincidencia entre lo pedido y lo concedido no expone al juez al cuasidelito *litem suam facere*, la nueva solución a este problema es la *appellatio*.

Otro ejemplo de incongruencia lo encontramos en D. 10. 3. 18 a propósito de los juicios de división de cosa común, a los que se dedica el título tercero del décimo libro del Digesto<sup>53</sup>, en este precepto se nos advierte de que la potestad del juez no puede extenderse más allá de lo que se dedujo en el juicio, y el árbitro no puede disponer que un fundo de la herencia, preste servidumbre a otro fundo que no es de la herencia. Entendemos que si se ventiló un asunto sobre

<sup>51</sup> Quien en su sentencia resuelve, siendo desconocedor e imparcial respecto a la anterior fase procesal, obligado a decidir, casi maquinalmente lo que se le pregunte.

<sup>52</sup> No es claro el procedimiento referido en este texto, y dada la fecha puede ser el procedimiento formulario tardío o ya la *Cognitio extra ordinem*. ROBLES REYES, J. R., *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Murcia. Ed. Universidad de Murcia, 2003, p. 24. Y en cita 50 interpreta este comentario imperial con referencia a posibles cuestiones penales concomitantes, pero el que el *iudex* se pueda o no pronunciar sobre estos asuntos, a efectos de congruencia, dependerá de que hayan sido o no objeto de la controversia. Si lo han sido y las partes procesales se han podido defender sobre lo refutado por la parte contraria, la congruencia queda salvada. Sin embargo, si se resuelve sobre estos asuntos sin haber sido alegados antes del pronunciamiento final, éste resultará incongruente, independiente del proceso seguido.

<sup>53</sup> D. 10. 3. 18 (Iav. II.epist.9). *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.*

división de herencia no es congruente, que se pueda extender a otro asunto de servidumbres, más cuando éstas se corresponden con fundos que no son del caudal hereditario.

Lo que resulta reseñable es como el juez cada vez tiene más flexibilidad a la hora de emitir su juicio, que ya no resulta tan automático; otra muestra de ello la encontramos en D. 42. 1. 59, donde Ulpiano nos indica que en las sentencias bastará que el juez haya expresado la suma, y mandado que se pague o que se entregue algo, aunque esto lo haya significado con otra cualquier palabra.

D. 42. 1. 59 (*Ulp. IV. De omn. Trib.*). *In summa sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit.*

Otros ejemplos de acomodación y de finura de juicio los encontramos en C. 7. 46. 3<sup>54</sup>, cuando el emperador Gordiano advierte que la condena hecha sin expresión de cantidad cierta es considerada solamente, si en alguna parte de las actuaciones estuviera expresada la cantidad cierta; O bien, en D. 42. 15. 1 si el juez condena que se le restituya a Ticio lo que tiene por virtud de testamento o de codicilos de Medio, se ha de entender esto como si se hubiera expresado cantidad.

Incluso, tenemos fuentes que denotan signos de congruencia y de pulcritud jurídica en casos en los que, aunque no estén determinadas las peticiones demandadas éstas puedan ser determinables, como muestra D. 42. 1. 59. 1 cuando se resolvió que, aunque no se haya expresado la suma en sentencia, si el que pidió lo hizo y el juez dijo “paga lo que se pidió” o “cuanto se pidió” la sentencia es válida.

D. 42. 1. 59. 1 *Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adiecta, si tamen is qui petit, summam expresserit et iudex ait: «solve, quod petitum est», vel: «quantum petitum est», valere sententiam.*

Esta discrecionalidad del juez, si bien es más amplia que en el *ordo iudiciorum privatorum* también tiene sus límites, por ejemplo, en D. 42.1.59. 2, si los que condenan a capital, fallan sin concretar “páguense los intereses, si algunos competen”, o “los que competen” sin indicar el interés concreto, se nos dice que no fallan rectamente, porque deben hacer condenación cierta. En este caso el fallo no es determinable y resultaría por tanto incorrecto, al faltar el dato del tipo de interés.

D. 42. 1. 59. 2 *Qui sortis quidem condemnationem faciunt, de usuris autem ita pronuntiant ‘usurae si quae competunt’ vel ‘quae competunt, ut praestentur’, non recte pronuntiant: debent enim de usuris quoque cognoscere et certam facere condemnationem.*

En cambio, en C. 7. 46. 1, describe que, si el juez condenó a intereses hasta que se hubiese satisfecho la cantidad de la condena, es evidente que la sentencia no se dio contra el derecho, porque no va más allá de esa cantidad concreta, por tanto, no excede de lo pedido.

C. 7. 46. 1 *Imp. Severus et Antoninus AA. Aeliana. Cum iudicem, quoad pecunia condemnationis soluta fuisset, pendendis usuris legem dixisse profiteris, non contra iuris formam sententiam datam palam est.*

Un caso de *infrapetitur* lo encontramos en C. 3. 10. 1. 3, constitución atribuida a Zenón, cuando señala que en una demanda que se hubiese tasado en menor cantidad de la que en realidad le corresponde, el juez no lo contemple, sino que profiera sentencia por la verdadera cantidad.

<sup>54</sup> C. 7. 46. 3 (*Imp. Gordianus A. Aemilio*). *Haec sententia: ‘omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve’ iudicati actionem parere non potest, cum apud iudices ita demum sine certa quantitate facta condemnatio auctoritate rei iudicatae censeatur, si parte aliqua actorum certa sit quantitas comprehensa.*

C. 3. 10. 1. 3 *Quod si quis litem suam minoris quam re vera est taxaverit, iudex ad id non respiciat, sed in veram quantitatem sententiam ferat.*

Consideración especial merece la reconvencción a efectos de congruencia, el caso del demandado que a su vez acciona contra el actor. Ya en C. 7. 45. 14 se permite que el juez dicte sentencia no sólo de absolución del demandado sino contra el actor, y declarar que debe dar o hacer alguna cosa, sin que quepa excepción alguna. Lo congruente será resolver todo, lo pedido por el actor junto con lo reconvenido por el demandado ya que no se concederá excepción para impedirlo.

C. 7. 45. 14 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*) *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolute rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actore ferre sententiam et aliquid eum datorum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.*

### 2.2.1. Relación de la congruencia con la motivación

La congruencia y la motivación son dos requisitos fundamentales de la sentencia, razón por la que están muy relacionados. Hay dos disposiciones de finales del siglo IV, recogidas en dos Constituciones Imperiales, en las que encontramos una reseña quizá más expresa a la motivación pero que también se refieren a la congruencia.

En la Constitución C. 7. 44. 2 (a. 371) de *Imp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA...*, *ad Probum Praefectum Praetorio*, cuando se describe cómo debe ser la sentencia, e indica que no debe ser súbita y “debe guardar fidelidad con la demanda”, esta expresión llama la atención puesto que sin aludir al término congruencia la define de forma muy descriptiva, en otras palabras, la sentencia debe guardar fidelidad con lo discutido, que no será otra cosa que el negocio concreto sometido a consideración.

C 7. 44. 2 *Imp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA...*, *ad Probum pp.* *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eos, qui ministerium suum eis accomodant, sententias definitivas recitare. (a. 371)*

Ciertamente, de la lectura del texto se puede inferir, como señala MURILLO, que los jueces tienen la expresa y necesaria obligación de deliberar acerca del negocio sometido a su consideración<sup>55</sup>, de ese concreto negocio. El juez debe ser cuidadoso porque se le exige reflexión, que no redacte súbitamente las sentencias, ponderándolas, teniendo en cuenta que lo debe hacer junto a la demanda, hasta en el mismo escrito.

En el Código Teodosiano encontramos otro aspecto de la congruencia, el referido al deber de exhaustividad, es decir, a la obligación de responder todas y cada una de las cuestiones litigiosas planteadas, es decir, a todo lo que los negocios encierran. No contestar pudiere dar lugar

<sup>55</sup> MURILLO VILLAR, A., La motivación ... cit. p. 20

a una posible incongruencia parcial<sup>56</sup>, además responder a todo evita un nuevo pleito sobre lo mismo:

C. Th. 4. 17. 2 *Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AA., ad Probum Praefectum Praetorio: Iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus. (a. 382)*

Sin embargo, en C. 7. 45. 15 se dice que, si en un litigio hubiese muchas cuestiones, pueda el juez sentenciar sobre algunas de ellas, y entonces conocer nuevamente de las demás, y pronunciar no una única sentencia resolviendo todas las cuestiones.

C. 7. 45. 15 (*Impp. Iustinianus A. Iuliano pp.*) *Constitutio iubet, si Litis multa capita sint, iudicem de quibusdam sententiam definitivam proferre posse ac deinde rursus sententiam quae ei placuerit, proferre, nec cogi unam sententiam pronuntiare.*

Estos textos, aunque pueden parecer contradictorios, en realidad no lo son porque en la segunda cita, lo único que describe es que puede haber diferentes pronunciamientos que atiendan a la totalidad de las peticiones, no sólo una, pero esto no implica que queden sin repuesta.

En este sentido C. 7. 45. 15 advierte que, si en un litigio hubiera muchas cuestiones, pueda el juez pronunciar sentencia definitiva sobre algunas de ellas, y entonces conocer nuevamente de las demás, y proferir la sentencia que bien le hubiere parecido, y que no sea compelido a dictar una sola sentencia a la vez sobre todas las cuestiones. Ciertamente esta circunstancia hoy no es posible, se deben contestar a todos y a todo en la misma resolución, por aplicación del principio de exhaustividad que como vemos no tiene origen romano.

Esta interpretación se refuerza por D. 10. 2. 27 cuando Paulo advierte que las condenas y las absoluciones deben afectar a todos los sujetos del proceso, de forma que no será válida la sentencia que haya omitido la condena respecto a alguno de los sujetos procesales, porque como bien indica la cosa juzgada de un solo juicio no puede valer en parte, y no ser válida en otra parte.

D. 10. 2. 27 (*Paulus, 23 ad ed.*) *In hoc iudicio condemnationes et absoluciones in omnium persona faciendae sunt: et ideo si un alicuius persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit iudex non valebit, quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.*

Tanto C 7. 44. 2 (a. 371) como C. Th. 4. 17. 2 (a. 382) se recuentan los requisitos lógicos y formales de la sentencia, tendentes a evitar arbitrariedades en la decisión, que es el fin último que justifica la congruencia: *ad plenum recenseat, scribat et relegat, non subitas, deliberatio et ponderatio, emendatio*, conforman el *quod senserit* la decisión. Como advierte MURILLO, estas Constituciones producen un punto de inflexión acerca de plasmar la motivación de la sentencia en su redacción<sup>57</sup>, y tal razonamiento motivador debe dar como consecuencia lógica una decisión congruente.

<sup>56</sup> El art. 218.1 lo regula como un aspecto de la congruencia referido a las sentencias: “harán las declaraciones que aquéllas (las pretensiones de las partes) exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”

<sup>57</sup> MURILLO VILLAR, A., La motivación ... cit. p. 23, 24.

### 2.2.2. *Appellatio*

Un cambio sustancial que se opera en este sistema procesal respecto al anterior *ordo iudiciorum privatorum* será la incorporación de la *appellatio* como remedio en general que también afecta a las sentencias incongruentes, (D. 49. 1. 1). Esta posibilidad cambia el criterio de responsabilidad del juez que queda exonerado de responder ante esta circunstancia, por *litem suam facere*.

Era obligación del magistrado de instancia plasmar por escrito las razones alegadas por el apelante, *litterae dimisoriae*, para enviar al órgano que ha de resolver. Se repetía el *iudicium* y el apelante podía añadir nuevos hechos y pruebas para fundamentar su recurso C. 7. 62. 32 (a. 440). El adversario debe responder con todas sus razones C. 7. 62. 39 (a. 530).

Sin embargo, en D. 49. 8. 1. 1. se indica que en caso de error de cálculo en la sentencia, no hay motivo de apelación: *Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est*; y continua con un ejemplo, si el juez hubiere fallado así: «constando que Ticio le debe á Seyo cincuenta por tal concepto, y además veinticinco por tal otro concepto, condeno por lo tanto en ciento a Lucio Ticio á favor de Seyo»; porque como hay error de computación, no es necesario apelar, y se corrige sin, ni siquiera, plantear la apelación, en una suerte de antecedente del recurso de aclaración. Pero si el juez de esta cuestión hubiere confirmado la sentencia a cien, pero porque hubo otra partida de veinticinco, ha lugar la apelación<sup>58</sup>, debiendo distinguir si es un mero error de cálculo, no apelable, o una extrapetición, si se ha incluido otra partida de veinticinco por algún otro concepto, que aquí sí que puede apelar.

## 3. BREVE SINOPSIS DE SU EVOLUCIÓN POSTERIOR.

En la Recepción del Derecho romano justinianeo en España también encontramos referencias a la congruencia en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real, en el Espéculo, en las Partidas, así como en la Nueva y la Novísima Recopilación.

### 3.1. Fuero Juzgo

El Fuero Juzgo Libro II, *De los jueces e de lo que iudgan* Título I, capítulo XXIX *Que el iuez debe dar razon de quantol demandaren* contiene una referencia genérica a este respecto.

*El iuez, si alguno le demanda razon delo que iudgó antel sennor de la cibdad, ó ante otro iuez ante qui mandare el rey, dévele responder.*<sup>59</sup>

Pero sobre qué debe responder o cómo hacerlo no está referido. Más clara es la redacción del Fuero Real que vemos a continuación.

---

<sup>58</sup> Es curioso advertir las semejanzas entre lo expresado en los textos romanos y el remedio procesal de la aclaración de sentencias, que no recurso de apelación a tenor del Artículo 267. LOPJ 6/1985, de 1 de julio cuando prescribe en su punto 1. Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan... 3. Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

<sup>59</sup> Sigue: *E si el pelyto viniere antel rey, los iuezes qui mandare el rey, deven terminar el pleyto sin el obispo, e sin los otros iuezes. E si el pleito es comenzado, o acabado antel obispo, o ante qualquier iuez, e alguna delas partes troxiere a otro mandado del rey, elque iudgó el pleito, devel responder ante aquel iuez, que establesciera el rey; que si iudgó tuerto, que sea penado segund la ley; e si el otro se querello con tuerto, quel faga emienda segund la ley.*

### 3.2. Fuero Real

En el Fuero Real 2. 13. 2, manda que el juez sentencie sobre lo que se le demanda y no sobre otra cosa, en lo que resulta una descripción de coherencia: el juez debe dar su juicio sobre la demanda y no sobre otra cosa.

F.R. 2. 13. 2 “*Como el Juez debe dar la sentencia sobre la demanda, é no sobre otra cosa. Despues que las razones fueren acabadas, de guisa que mas no pueden decir las Partes en el Juicio, el Alcalde dé la sentencia sobre aquello que fue la demanda, è no sobre otra cosa: è déla la mas cierta que pudiere, è no dubdosa, è de guisa que dé el Alcalde aquel contra quien fuere la demanda por quito, ó por vencido...*”

Ciertamente, se describe la congruencia en cuanto a que se debe sentenciar sobre lo que se solicita y, es más, añade referencias a la claridad en el juicio como nota unida a la congruencia, nota que seguirá acompañando a la redacción de los preceptos sobre ésta<sup>60</sup>.

### 3.3. Espéculo

También encontramos referencias en el Espéculo, texto que, aunque no llegó a tener vigencia por inacabado, es muy similar a las tres primeras Partidas y al Fuero Real, así, en su Libro V, Tit. XIII Ley VII se describe cuando el juez da más o menos de lo que deben o dan una cosa por otra.

*Yerran a las vegadas los judgadores en dar los juyzios, bien asi como los fisicos en dar las melezinas. Ca a las vezes dan menos o mas de lo que deven, e cuy dan dar una cosa, e dan otra. E esto otrosí fazen los judgadores en sus juyzios. Ca vegadas y a que añaden o minguan en ellos, o judgan dotra manera, que non pertenesce al pleito. ·E por ende queremos dezir en quantas maneras non vale el juyzio por razon del judgador, sil da como non deve.*

En este caso se prohíbe que el fallo sea diferente a las pretensiones de las partes y demás actos deducidos en juicio, y de hacerse resultará no válido.

### 3.4. Partidas

Será en la Tercera Partida, Tit. XXII Ley XVI, que versa sobre *Cómo non debe valer el juicio que diere el judgador sobre cosa que non fue demandada ante él*<sup>61</sup>, la que más se aproxime al concepto de congruencia, y la que tendrá repercusión jurisprudencial mucho más adelante: “*Afincadamente debe catar el judgador qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él en juicio, ...et entonce debe dar juicio sobre aquella cosa*”. Y continúa dando dos ejemplos

<sup>60</sup> Ya está reseñada en el Fuero Juzgo Libro I, ley VI; en el Fuero Real F.R. 2. 13. 2, cuando dice que no debe ser dudosa. Veremos también alusiones en P. III, Tit. XII, ley V: “*E deue fer dictado el juyzio por buenas palabras, e apuestas que lo puedan bien entender sin dubda ninguna*”. En la Codificación el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 describe de forma muy somera la claridad; también se refiere a ello el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que califica las sentencias de claras, precisas, y congruentes.

<sup>61</sup> MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios á la última ley de enjuiciamiento civil español* (Vol. 1), Impr. y Encuadernación de A. de J. Lozano, 1891, referido a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 1855, considera que se aplicó este precepto de las Partidas hasta esa ley sin ruptura, y en ella al no hacerse referencia expresa a la congruencia, ésta se alegaba por el juego de los artículos 1012 y 1013 del mismo cuerpo legal.

en los que no debe valer el juicio, si se demanda sobre casas o bestias u otras cosas que no están en la demanda, o si se pleitea sobre propiedad y se resuelve sobre posesión <sup>62</sup>.

Al mismo tiempo en esta Ley XVI, se indica que la manera en que se pide tiene transcendencia, puesto que *“asi como fue fecha antél (juez) la demanda en general, en aquella mesma manera debe él dar el juicio”*<sup>63</sup>.

También encontramos en esta Ley la coherencia cuando, aún sin ser determinada la petición, si ésta es determinable, el fallo podrá ser válido; por el contrario, si en el juicio no se señala la cosa o cantidad cierta sobre la que se resuelve, el fallo no será efectivo<sup>64</sup>.

Respecto a las posibles dudas del juzgador para proferir su sentencia, sabemos de las soluciones que se dan en Derecho romano clásico. En esta tercera Partida, Tit.XXII, ley XI, *Que deuen fazer los judgadores quando dudaren en como deuen dar juyzio*, varían. En ella se prescribe que primero se pregunte *“alos omes sabidores... e mostrarles todo el hecho, asi como passo ante ellos”*; si con su concurrencia se aclara la duda se sentencia, pero si no se puede aclarar lo preguntado, enviará todo al Rey, aunque antes debe leerlo ante las partes y razonar la petición. El Rey puede sentenciar o indicar al juzgador como debe sentenciar. Pero ningún juzgador puede hacer esto por excusarse del trabajo, ni por alargar el pleito, ni por miedo, ni por amor o desamor a alguna de las partes sino porque debe escoger el derecho apropiado. Si lo hace de otra manera puede recibir condena penal del Rey.

### 3.5. Nueva y Novísima Recopilación

En la Nueva Recopilación Libro 4, título 17, ley 10, se insiste en que en los pleitos deben ser sobre los que las partes quieren decir y razonar. Y explica como si la demanda no se hizo en el escrito primero, los jueces deben dar *“los pleytos por ningunos”*, e incluso se insiste, si una parte quiere que se trate algo y la otra no quiere, aunque se le solicite varias veces, si mantiene su negativa no puede condenarse por ese extremo, se debe tener *“el pleyto por ninguno”*, y el juez condenado en costas. En la Novísima Recopilación libro 11, título 16, Ley 2, recoge el mismo contenido del texto anterior como ella misma indica<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> *“ca si fuere fecha demanda antél sobre un campo ó sobre una viña, et él quisiere dar juicio sobre casas, ó bestias ó sobre otras cosas que non pertenesciesen á la demanda, non debe valer tal juicio: eso mesmo decimos que serie si la demanda tan solamente fuese fecha sobre el señorío de la cosa et él judgase sobre la posesión”*. Este segundo ejemplo nos recuerda al recogido en C. 7. 48. 3.

<sup>63</sup> En este caso el ejemplo tiene relación con la determinación del objeto, así si no se determinó en la petición el juez no puede hacerlo en su fallo: *“si el demandador demandase antel juez á otri caballo ó siervo quel mandara ó le prometiera, non nombrandol nin señalando ciertamente quál, et el juez diese despues juicio contra el demandado que diese al demandador fulan siervo señalandol por su nombre, ó fulan caballo señalandol por su color ó por sus faciones, tal juicio como este non serie valedero”*

<sup>64</sup> *“Otrosi decimos que quando los judgadores non dicen ciertamente en su juicio la cosa ó la contia de que condenan ó quitan al demandado, mas dicen asi: mando quel demandado pague ó entregue á fulan lo quel demndó ante mí, ó condénolo en la demanda que fue fecha contra él, ó quítolo della, ó tengo por bien que non dé lo quel demanda, ó posiere en su juicio otras palabras semejantes destas, por las cuales se puede ciertamente entender que el demandado es quitó ó vencido por judio de la demanda, en tal razón como esta si fuere fallado escrito en las actas la cosa ó la contia sobre la contienda, que entonces el juicio que fuese dado en alguna destas maneras sobre ella, serie valedero. Mas si en las actas que pasaron antel judgador non se fallase cierta demanda, tal juicio en que non nombraba señaladamente la cosa ó la contia sobre que se daba, non serie valedero”*.

<sup>65</sup> Novísima Recopilación libro 11, tit. 16, Ley 2, *“Acaesce muchas veces que, desque los pleytos son contestados, y traídos testigos, y razonado en los pleytos de todo lo que las partes quieren decir y razonar, y concluso el pleyto para dar sentencia, y á las veces dada, estando el pleyto en apelación ante los Superiores, si se halla, que la demanda no fué dada en escrito, hallándola asentada en el proceso, ó que no está bien formada como los Derechos mandan ,ó*

### 3.6. Codificación en las Leyes de Enjuiciamiento Civil.

Si nos referimos a antecedentes más próximos, ya en la Codificación, en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se describe de forma muy somera la claridad (siempre muy unido al concepto de congruencia) pero no la congruencia misma, y así dice este artículo que las sentencias deben ser claras y precisas, declarando o condenando o absolviendo de la demanda<sup>66</sup>.

Más adelante en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 recoge un precepto completo referido a que las sentencias sean claras, precisas, y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, y a la obligación de decidir todos los puntos litigiosos, en caso de que haya varios demandantes se responderá a cada uno de ellos y por separado. Cuando se trata del modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales, se dice en él

*Art. 359: Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*

Tanto el actual artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento del año 2000 como el anterior art. 359, se ven influidos por lo que supone la aplicación del 120.3 de la Constitución española de 1978, que cuando habla de la publicidad en las actuaciones judiciales eleva a norma constitucional la obligación de motivar las sentencias, artículo 120.3 CE. Pero en lo que atañe a la coherencia de las sentencias no hay divergencias sustanciales entre las normas procesales del 218.1 y el anterior 359.

## 4. REFERENCIA A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Que la coherencia de las peticiones y el fallo, es esencial viene amparado en que está relacionada con el derecho fundamental del art. 24 de la tutela judicial efectiva como bien se

---

*desfallece el pedimento, ó al gema de las otras cosas que en ella debían de ser puestas, ó otras que son de la solemnidad y substancia de la órden de los juicios, por lo qual suelen los Jueces dar los pleytos por ningunos, y las sentencias que por ellos son, dadas, y así los Pleytos se alargan, de que viene grande daño á las partes: por ende establecemos, así en los pleytos civiles como criminales, así en primera instancia como en segunda ó tercera, que si la demanda ó acusacion pareciere asentada en el proceso, aunque no sea dada por la parte en escrito, ó faltare en la demanda el pedimento, ó alguna de las cosas que en la demanda deben ser puestas segun la sutileza del Derecho, ó que; no se haya fecho juramento de calumnia, estando pedido por la parte una vez solamente, ó que la sentencia no fué leida por el Alcalde, ó que desfallecen las otras solemnidades y substancias de la órden, de los juicios que los Derechos mandan, ó alguna dellas, contiéndose todavía en la demanda de la cosa que el demandador entendió demandar, o el acusador pedir, seyendo hallada y probada la verdad del fecho por el proceso, en qualquier de las instancias que se viere, sobre que se pueda dar cierta sentencia; que los Jueces que conocieren de los pleytós, y los hobieren de librar, los determinen y juzguen segun la verdad que hallaren probada en los tales pleytos, y las sentencias, que en ellós dieren, por las razones dichas no dexen de ser valederas: pero si el demandado, seyendo llamado antes que vaya el pleyto adelante, pidiere, que el demandador dé su demanda por escrito, que quede en albedrío de Juez para lo mandar, si viere que conviene que se haga así: y ansimismo, que si las cosas que fueren de substancia del juicio, y la parte pidiere, declarándolas, que la otra parte las guarde, y no quisiere, seyéndole mandado, y lo mismo en no jurar de calumnia, seyéndole pedido y mandado dos veces, que entónçes, sentenciando el Juez sin se facer lo suso dicho, sea habido el pleyto por ninguno, y el Juez. condenado en costas.” (ley. 10. Tit. 17. Lib. 4. R.)*

<sup>66</sup> A este respecto es curioso que MANRESA *op. cit.*, p. 166, nota 1, indica que cuando se aduce falta de congruencia, se deben invocar la Partidas y no el artículo 61.1, en el pertinente recurso de casación, al no estar expresamente regulado en el texto legal del 1855.

deduce de una Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1992 de 26 de octubre, cuando refiere que puede producirse indefensión si el juez modifica o altera los términos del debate procesal. Esto sucede cuando el órgano judicial por iniciativa propia, se pronuncia sobre pretensiones que no han sido promovidas por ninguna de las partes que suponen menoscabo del derecho de defensa contradictoria. En el proceso civil, también estará íntimamente unido, con el principio dispositivo y de aportación de parte, por cuanto en este caso sólo se debe resolver aquello que las partes plantean al juzgador, y son ellas las que definen los términos del proceso, libres por tanto para determinar su reclamación. El juez no podrá salirse de estos confines en su resolución<sup>67</sup>. Esta línea jurisprudencial no se rompe hasta nuestros días, siendo múltiple la Jurisprudencia tanto Constitucional como del Tribunal Supremo que define la congruencia<sup>68</sup>

## CONCLUSIONES

En Derecho romano ya encontramos antecedentes de lo que puede ser la congruencia procesal en el procedimiento formulario del *ordo iudiciorum privatorum*. Las partes procesales y el magistrado fijan, al final de la fase *in iure*, los términos de la fórmula, deciden cual es la cuestión debatida y que hechos deben ser probados, lo cual tendrá su reflejo en la sentencia. El *iudex* deberá decidir como consecuencia de los hechos probados, siendo responsable directo de su decisión. En cambio, en la *cognitio extra ordinem* el juez al dictar sentencia es más versátil y sus sentencias se adaptan mucho mejor a las pretensiones iniciales, hasta el punto en que podemos encontrar casos de ultra, extra e infra petición con adaptabilidad del fallo a las demandas de parte, construyéndose un concepto de congruencia próximo al que se maneja en nuestro derecho positivo.

En cuanto a la responsabilidad del juez por dictar una resolución incongruente es muy diversa en el *ordo iudiciorum privatorum* y en la *cognitio extra ordinem*, pero es significativo que este último proceso sea más parecido al proceso civil actual. El juez del procedimiento formulario si dicta una resolución incongruente, debe subrogarse en la posición de la parte perjudicada, por aplicación del cuasidelito *litem suam facere*, resultando afectado en su propio patrimonio. Sin embargo, la existencia de apelación en la *cognitio extra ordinem* y en el proceso civil actual, hace que el juez no sea responsable de los casos de falta de congruencia, cuando esta no sea dolosa.

---

<sup>67</sup> TJUE 3 de octubre 2013. Congruencia en determinados aspectos de derecho de consumo en relación con la Directiva 1999/44 sobre renta y garantía de bienes de consumo en cláusulas abusivas indica que no es preciso que el fallo se ajuste al suplico de la demanda TS 241/2013 de 9 de mayo.

<sup>68</sup> La Sentencia del TC 135/2002 de 3 de junio, posterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000 en su FJ 3 refiere múltiple jurisprudencia al respecto: “No está de más volver aquí sobre la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la incongruencia, sintetizada y resumida en el F. 2 de la STC 15/1999, de 22 de febrero, fundamento repetido en el F. 3 de la STC 124/2000, de 16 de mayo. En ambos lugares se nos recuerda que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre; 191/1987, de 1 de diciembre; 88/1992, de 8 de junio; 369/1993, de 13 de diciembre; 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre; 111/1997, de 3 de junio; y 220/1997, de 4 de diciembre). El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y «petitum»–. Ciéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la «causa petendi» alterando de oficio la acción ejercitada, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el «thema decidendi»”.

Se constata a lo largo del trabajo cómo la congruencia de la sentencia, pese a ser referida en diferentes textos de Derecho romano, y en la Recepción, no adquiere una formulación expresa en derecho positivo hasta el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, llegando en la actualidad a tener reflejo en el Texto Constitucional de 1978 y en la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

## REFERENCIAS

- BIONDI, B., **Intorno alla rominità del processo civile moderno**, BIDR 42, Roma, 1934.
- CALAMANDREI, P., **La casación civil**, T. I, Historia y Legislaciones, Vol. I trad. esp. Buenos Aires, Librería el Foro, 1961.
- COSTA, E., **Profilo storico del processo civile romano**, Roma, Athenaeum, 1948.
- CREMADES, i., y Paricio, J., La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico, en AHDE 54, 1984.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., **Sobre la congruencia de la sentencia civil. Sobre la congruencia de la sentencia civil y penal. Derecho y proceso. Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal**, Murcia, Universidad de Murcia, 1980;
- DE MARTINO, F., **Litem suam facere**, Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja", 1988.
- D'ORS, A., **Litem suam facere**, Roma, Pontificia Universitas Lateranensis. 1982.
- FUENTESECA, M., El enigmático significado de **litem suam facere**. **IVRA: rivista internazionale di diritto romano e antico**, nº 63, Napoli, 2015.
- GUARINO, A., **Diritto privato romano**, 8º ed. Napoli, Jovene, 1988.
- GUASP - ARAGONESES, J., **Derecho Procesal Civil**, T. I. Madrid, Thomson, 2005.
- GIUSTO. **Per una storia del litem suam facere**. **Studia et documenta historiae et iuris**, nº 71. Città del Vaticano, 2005.
- KASER, M., **Derecho romano privado**, Madrid, ed. Reus, trad. esp., 2º ed, 1982.
- LLOBELL TUSET, J., **Historia de la motivación de la sentencia canónica**. Zaragoza, Edita Caja de ahorros y Mote de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, 1985.
- MANRESA Y NAVARRO, **Comentarios á la última ley de enjuiciamiento civil español** (Vol. 1), Impr. y Encuadernación de A. de J. Lozano, 1891.
- MURGA GENER, J. L., **Derecho Romano Clásico, II. El Proceso**, 2º ed. Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1983.
- MURILLO VILLAR, A. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el Derecho español. **Teoría e storia del diritto privato**, 2012
- MURILLO VILLAR, A. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. **Cuadernos de Historia del Derecho** nº 2, 11-46. Madrid, Editorial Complutense, 1995.
- MURILLO VILLAR, A., **¿Para qué sirve el Derecho romano? Razones que justifican su docencia e investigación en el siglo XXI**, Santiago de Compostela, Andavira, 2018.
- ORTELLS RAMOS, M., **Derecho procesal civil**, Navarra, Aranzadi, 2017.

ORTELLS RAMOS, M., Origen histórico del deber de motivar las sentencias, **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**. 1977, nº 4, p. 899 y ss.

PANERO GUTIÉRREZ, R., **Derecho romano**, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PARICIO, J., “Iurare sibi non liquere”, en *Atti del III Seminario romanistico gardesano* (Milán, 1988), p. 414-416.

PARICIO, J., **Sobre la administración de la justicia en Roma: los juramentos de los jueces privados**, Madrid, Civitas, 1987.

PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción”, **Trabajos y orientaciones de Derecho procesal, Revista de Derecho privado**. Barcelona, 1969.

PUGLIESE, G., **Istituzioni di Diritto romano**, Padova, Sintesi, 1986.

ROBLES REYES, J. R., **La competencia jurisdiccional y judicial en Roma**. Murcia. Ed. Universidad de Murcia, 2003.

RODRÍGUEZ AGUILERA, C, **La sentencia**, Barcelona, Bosch, 1974.

Savigny, M. F. C., **Sistema del Derecho romano actual**., trad. esp. 2º ed., Tomo V-VI, reimp. Facs., Madrid, Góngora, 2004.

SCAEVOLA In margine al *litem suam* facere in età postclassica e giustiniana. **SDHI. Studia et documenta historiae et iuris**, nº 79, 2013.

SCIALOJA, V., **Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti**, IVS. Collezione di scritti giuridici, XV Milano- Roma, 1936.

SERRA DOMINGUEZ, M., “Incongruencia civil y penal” en **Estudios de Derecho Procesal**, Barcelona, Ariel, 1969

TALAMANCA, M., **Istituzioni di Diritto romano**. Milano, Giuffrè, 1990.

TALAMANCA, m., s.v. *Processo civile (diritto romano)* en **Enc. dir XXXVI**, Milano, Giuffré, 1987.

Recebido em: 25 set. 2019.

Aceito em: 17 mar. 2020.

## ROMA E IL SUO IMPERO PREGLOBALE. UNA LEZIONE PER LA POSTMODERNITÀ\*

**Orazio Licandro**

Dipartimento di Scienze Humanistiche, Università degli  
Studi di Catania, Italia  
*oralicandro@gmail.com*

**RIASSUNTO:** Il presente articolo adotta un approccio storico al sistema di governo dell'Impero romano e al modo in cui i problemi che coinvolgono il sistema di governo e i cittadini sono stati risolti. Il lavoro descrive anche le relazioni instaurate con le nazioni in tutto il bacino del Mediterraneo, l'impatto economico, politico e sociale generato dalle politiche e guerre imperialiste per conquistare nuovi territori, il pensiero politico e giudiziario, la formazione di un modello di "costituzionalismo" caratteristico del mondo romano, il rapporto con la scienza giuridica dell'epoca, nonché alcuni istituti di diritto civile e diritto urbano. In considerazione di ciò, il lavoro mira a offrire una riflessione in quanto la legge romana, cercando di risolvere i problemi sociali, economici e politici dell'antichità, può servire come ispirazione per i problemi della postmodernità. La ricerca è bibliografica, esplorativa, documentaria e descrittiva. Alla fine dell'indagine, si è concluso che, tornando indietro nel tempo, è possibile capire se e come problemi simili di urgenza contemporanea siano stati affrontati e affrontati in questa straordinaria esperienza legale la cui eredità oggi è preziosa. In tal modo, molte delle soluzioni trovate per quel tempo possono servire da modello per la legge, per la scienza giuridica e per il mondo postmoderno.

**PAROLE CHIAVE:** Diritto Romano. Globalizzazione. Postmodernità.

*Rome and its pre-global empire A lesson for postmodernity*

**ABSTRACT:** The present article takes a historical approach to the system of government of the Roman Empire and how problems that involved the system of government and citizens were solved. The work also describes the relations established with nations across the Mediterranean basin, the economic, political and social impact generated by imperialist policies and wars to conquer new territories, political and judicial thinking, the formation of a model of "constitutionalism" characteristic of the Roman world, the relationship with the Legal Science of the time, as well as some institutes of civil law and urban law. In view of this, the work aims to offer a reflection as Roman law, seeking to solve social, economic and political problems of antiquity, may well serve as inspiration for the problems of postmodernity. The research is bibliographic, exploratory, documentary and descriptive. At the end of the investigation, it was concluded that, going back in time, it is possible to understand whether and how similar problems of urgent contemporaneity were taken and approached in this extraordinary legal experience whose legacy today is precious. In such a way, many of the solutions found for that time can serve as a model for the post-moderns Law, Legal Science and world.

**KEYWORDS:** Roman Law. Globalization. Post-modernity.

---

\* Si tratta del testo modificato e approfondito della relazione dal titolo "Sovranità, cittadinanza, persona e territorio in un impero preglobale. L'esperienza augustea", tenuta al Convegno "Le sovranità nell'era della post globalizzazione", Foggia, 1 marzo 2019.

*Roma e seu império pré-global. Uma lição para a pós-modernidade*

**RESUMO:** O presente artigo faz uma abordagem histórica do sistema de governo do Império Romano e de como problemas que envolviam o sistema de governo e cidadãos eram resolvidos. O trabalho descreve ainda as relações estabelecidas com nações de toda a bacia do Mediterrâneo, o impacto econômico, político e social gerado em razão das políticas imperialistas e das guerras de conquista de novos territórios, o pensamento político e judicial, a formação de um modelo de “constitucionalismo” característico do mundo romano, a relação com a Ciência Jurídica da época, bem como alguns institutos do direito civil e do direito urbanístico. Diante disso, o trabalho visa oferecer uma reflexão como o direito romano, buscando equacionar problemas sociais, econômicos e políticos da antiguidade, pode muito bem servir de inspiração para os problemas da pós-modernidade. A pesquisa é bibliográfica, exploratória, documental e descritiva. Ao cabo da investigação, concluiu-se que, voltando no tempo, é possível entender se e como problemas semelhantes da contemporaneidade urgente foram tomados e abordados nessa extraordinária experiência jurídica cujo legado hoje é precioso. De tal forma, muitas das soluções encontradas para aquela época podem servir de modelo para o Direito, para a Ciência Jurídica e para o mundo pós-modernos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Romano. Globalização. Pós-modernidade.

## PREMESSA

È il 14 d.C., a Nola muore Augusto, le celebrazioni dei funerali durano un mese, Roma e l'Italia sono in preda a una parossistica commozione, corre un'isteria collettiva, il senato è persino indotto a decretare un freno agli eccessi<sup>1</sup>. Il *princeps*, il primo cittadino, il pacificatore, il migliore per *charisma*, virtù, meriti, aveva concluso la sua vicenda umana, soprattutto una straordinaria vicenda politica e istituzionale, e aveva lasciato una Roma assai diversa. Un vastissimo impero geograficamente esteso su tre continenti, che qualche secolo dopo nella sua successiva massima estensione sarebbe andato da *Dura Europos* in Mesopotamia, strategico snodo commerciale sull'Eufrate, al Vallo di Adriano in Britannia, dalla Gallia e dalla Spagna alle propaggini meridionali dei deserti nordafricani, si pensi anche alle coorti di stanza a *Syene* (Assuan) o al fortilizio a *Qasr Ibrim*, o al distacco romano sulle isole *Farasan* (oggi territorio dell'Arabia Saudita) per il controllo del Mar Rosso. Nelle sue *Res Gestae*, Augusto ricordava gli esiti dei tre censimenti dei *cives Romani* (28 a.C. = 4.073.000; 18 a.C. = 4.233.000; 14 d.C. = 4.937.000), ma la popolazione complessiva dell'impero consisteva di circa 54 milioni di abitanti.

Ancora. Un impero segnato da relazioni fittissime asimmetriche con popoli e nazioni dell'intero bacino del Mediterraneo, attraversato da una miriade di culti e idiomi, ma con due grandi aree latinofona e grecofona, culture ed economie diverse e un ricchissimo e variegato pluralismo normativo.

Questa realtà era il risultato di 40 anni di governo e di riforme, di una transizione lunga e difficile e della ricostruzione istituzionale, politica, economica e sociale della *res publica*. Un gigantesco disegno di rifondazione perseguito con sagacia e abilità da Augusto, chiusa la stagione terribile delle guerre civili, che avevano disintegrato il tessuto sociale ed economico e

---

<sup>1</sup> Tac. *ann.* 1, 8, 5: *Remisit Caesar adroganti moderatione, populumque edicto monuit ne, ut quondam nimiis studiis funus divi Iulii turbassent, ita Augustum in foro potius quam in campo Martis, sede destinata, cremari vellent.*

sovertito radicalmente un mondo con i suoi valori (si pensi soltanto al catalogo delle nefandezze delle proscrizioni)<sup>2</sup>.

Il collasso della Roma repubblicana aveva però radici più antiche e profonde nelle potenti trasformazioni economiche che avevano frantumato la politica e le sue istituzioni e travolto gli antichi equilibri di potere fondati su consolidati assetti sociali. Il grande latifondo schiavile, con le *villae* vere e proprie strutture economiche produttive più che di lusso finalizzato all'*otium*, con le sue nuove forme di sfruttamento e produzione massicce e intensive, aveva prodotto la polverizzazione di quel cetto medio e piccolo di agricoltori/cittadini/soldati, alla base del successo di Roma. D'altro canto, un contraccolpo potente, diretta conseguenza delle politiche imperialiste e delle guerre di conquista di nuovi territori, fu la formazione di enormi sacche di nullatenenti inurbati preda di demagoghi e populistici e la degenerazione del ricorso alla violenza come metodo di lotta politica, praticata da bande anche armate. Sulla scena politica, peraltro, da tempo si assisteva all'irruzione e al consolidamento di un cetto mercantile e affaristico aggressivo e spregiudicato, capace di impiegare ingenti patrimoni per scalare il potere politico, insomma, portatore di un nuovo concetto di ricchezza che dissolveva «gli arcaismi catoniani»<sup>3</sup>. I più dinamici e marcati tratti mercantili dell'economia avevano, del resto, già esercitato una forte influenza pure sul quadro istituzionale, con la comparsa, intorno alla metà del III secolo a.C., della figura del *praetor peregrinus*, un nuovo magistrato con il compito di amministrare la giustizia tra stranieri o tra cittadini e stranieri su questioni, diremmo oggi, di 'diritto commerciale'<sup>4</sup>.

Unificazione dello spazio Mediterraneo dall'accresciuta sicurezza e perciò pieno di vele, produzioni e mercati lontani, ricchezza pecuniaria che, dilatando «artificialmente sia la disponibilità dei fattori di produzione – lavoro, terra e capitali – sia la domanda di mercato»<sup>5</sup>, finiva per marcare un segno anomalo alla tradizionale nobiltà romana diffidente verso l'imprenditorialità su vasta scala<sup>6</sup>, relazione tra commerci e fiscalità virtuosa<sup>7</sup>, tutto ciò spingeva Roma verso i vantaggi di una 'mondializzazione' che nei primi due secoli dell'era cristiana si sarebbero effettivamente materializzati<sup>8</sup>.

Il richiamo di questo quadro generale forse con eccessivo schematismo, era necessario per fissare, a scampo di equivoci, una cornice all'intervento: evitare di pensare che le profonde trasformazioni in atto nel nostro tempo, ora definito della globalizzazione o della postglobalizzazione, ora della postmodernità, siano inedite. Le grandi trasformazioni generano sempre transizioni difficili, complesse, delicate; investono temi cardinali, come quelli della sovranità, cittadinanza, identità, migrazioni, costanti perenni tanto delle esperienze statuali moderne quanto di quelle antiche.

Ora, che nell'antichità il segno delle relazioni dei grandi complessi di potere, regni o imperi, fosse diverso da quello delle attuali è abbastanza ovvio, che le relazioni fossero certamente

<sup>2</sup> Per un quadro della sterminata letteratura rimando a O. LICANDRO, *Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici*, Torino 2018.

<sup>3</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma 2012, 163.

<sup>4</sup> Un quadro organico in P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010.

<sup>5</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini*, cit., 164.

<sup>6</sup> Per un quadro d'insieme vedi O. LICANDRO, *Dalla lex Claudia de quaestu senatorum alle leges repetundarum ovvero del conflitto di interessi nell'antica Roma*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna*, IV, Napoli 2007, 2815 ss.

<sup>7</sup> A. SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari 2002, 205.

<sup>8</sup> Viene considerato un deciso fautore Plin. *nat. hist.* 27, 1, 2-3, proponendo addirittura un nesso causale tra dèi, natura, pace e dominio romano. Sul tema, oltre ai classici M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, Firenze 1980; e F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, II, Firenze 1979; nuovi spunti in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *A Provocation*, in *Rivista di Storia Economica* 25 (2009) 421 ss.; E. LO CASCIO, *L'economia imperiale e la svolta augustea*, in AA.VV., *Augusto e la costruzione del principato*. Atti del Convegno (Roma, 4-5 dicembre 2014), Roma 2017, 327 ss.

molteplici ma non globali, come possiamo intenderle oggi, altrettanto evidente. Eppure, per l'impero romano, come già osservato da Carl Schmitt, le cose stettero diversamente rispetto ad altre esperienze statuali dell'antichità<sup>9</sup>.

Naturalmente, non vi è alcuna pulsione di *Aktualisierung*, né alcun tentativo di accostare un'esperienza storica concreta, dunque cose lontanissime e diversissime, per proporre ricette adeguate alla complessità dei nostri tempi; semmai la suggestione di ragionare appunto sulla perennità di alcune grandi questioni, in connessione con autorevoli visioni campeggianti in altre discipline scientifiche, e così profittandone, soprattutto nella temperie che stiamo attraversando in cui la scienza giuridica, forse più che nel passato, schiacciata tra fondamentalismi di natura diversa – teologie, tecnocrazia e tecnologia – deve affrontare la questione stessa della sua esistenza.

## 1. 'COSTITUZIONALISMO' A ROMA

Nell'assenza di una carta costituzionale, persino di un concetto maturo, consapevole di costituzione, che è prodotto moderno della Storia e degli Stati nazionali, soltanto dal III-II secolo a.C., sulla base della documentazione sopravvissuta, sappiamo che a Roma il pensiero politico e giuspubblicistico aveva cominciato a riflettere su un frammentario nucleo normativo, composto di norme scritte (poche), consuetudini, prassi, convenzioni costituzionali che definivano complessivamente un assetto istituzionale e le relazioni tra i vari organi 'costituzionali'. Non una costituzione, ma un nucleo normativo duttile e cangiante a seconda delle fasi, degli eventi, dei mutamenti degli equilibri politici e in tal modo via via stratificatosi. Lo stesso termine *constitutio*, nonostante l'assonanza e l'invalsa utilizzazione del termine, è del tutto fuorviante. I Romani usavano, infatti, altre espressioni: ad esempio *status civitatis*, *status rei publicae*, ma soprattutto *forma rei publicae*. Espressione, questa, non indicativa né di una precisa forma di Stato cioè una 'Repubblica', né di una precisa forma di governo (appunto repubblicana), ma di una comunità – *res populi* – fondata sulla *libertas* (dunque, *cives liberi* e non sudditi), governata attraverso una serie di organi (magistrati, assemblee popolari e senato) concorrenti alle decisioni fondamentali, in un assetto istituzionale incompatibile con il *regnum*: potremmo dire che la vera *Grundnorm* repubblicana era l'*adfectatio regni* = aspirazione al *regnum*, alla tirannia<sup>10</sup>.

Quella romana, in effetti, fu esperienza assai peculiare e profondamente diversa sia dalle monarchie ellenistiche e orientali dispotiche sia dall'esperienza squisitamente greca della *polis*. Elementi di straordinaria modernità la connotavano: Polibio, ad esempio, raffinato osservatore interno al circolo degli Scipioni nel II secolo a.C., ne apprezzava l'originale sistema di governo misto<sup>11</sup>, un impianto di pensiero che un secolo dopo veniva rivisitato da Cicerone nel *De re*

---

<sup>9</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Milano 1991. Ma sul tema con approcci diversi A. BANCALARI MOLINA, *Orbe Romano e Imperio Global. La Romanización desde Augusto to Caracalla*, Santiago 2007; R. HINGLEY, *Globalizing Roman Culture. Diversity and Empire*, London-New York 2005; R.B. HITCHNER, *The First Globalization. The Roman Empire and Its Legacy in the 21st Century*, Oxford 2007; O. VEYNE, *L'Impero greco romano. Le radici del mondo globale*, Milano 2007.

<sup>10</sup> Sul tema si rinvia ai più recenti contributi di F. RUSSO, *L'odium regni a Roma tra realtà politica e finzione storiografica*, Pisa, 2015, *passim*; F. ZUCCOTTI, *Sacramentum civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*, Milano 2016, 26 ss.

<sup>11</sup> Su Polibio si veda il recentissimo libro di G. ZECCHINI, *Polibio. La solitudine dello storico*, Roma 2018.

*publica*, il suo trattato politico per eccellenza. Cicerone, oltre alla maggiore definizione dei diversi *genera rei publicae*<sup>12</sup>, fissava seccamente il nesso *libertas* e *populus*: nessuna *libertas* sarebbe stata possibile se non in una *civitas* in cui *summa potestas est in populi* (Cic. *de re publ.* 1, 31, 47).

Il senato certo, i magistrati certo, ma una *res publica* poteva dirsi tale in quanto *res populi*, e pertanto nel *populus* si sedimentava la relativa concezione di fonte di sovranità politica, nelle sue diverse forme legislativa, elettiva e giurisdizionale, e di cui ancora oggi parliamo, sebbene negli ultimi tempi declinata improvvidamente in populismo.

## 2. CONSENSUS UNIVERSORUM E POTENTIA. POTERE E AUCTORITAS. POPULUS E CENTRALITÀ DELLA LEX.

«A Roma il consenso politico, nell'equilibrio contemperato tra le varie fasce sociali, era elemento di cui nessun imperatore avveduto, pur nel suo potere indiscusso e assoluto, poteva fare a meno. Il consenso istituiva un mutuo dialogo di potere ed era parte costitutiva di ogni politica del giusto mezzo. Alla lunga ignorarlo o non rinnovarlo in forma diffusa e bilanciata metteva necessariamente a repentaglio la vita»<sup>13</sup>. Tutto ciò era già valso per Cesare, e Augusto seppe trarne la lezione. Trovandosi a fare i conti con questo primo problema, decise di farlo rinunciando ai poteri triumvirali speciali e ripristinando il normale funzionamento degli organi repubblicani: senato e assemblee del popolo.

Sconfitti Antonio e Cleopatra, Augusto restava il dominatore incontrastato della scena politica. Godeva di un consenso generale, era il pacificatore, colui che aveva scacciato il *caos*, riportato ordine e normalità. Godeva di un consenso generale ed era *potens*, come lui stesso diceva in quella testimonianza colma di ebbrezza di se stesso<sup>14</sup>. Già prima la *coniuratio* l'aveva consacrato come guida militare, e avrebbe potuto continuare a far leva su questa situazione nella relazione con il *populus*. Insomma, privo di alcun limite dinanzi a sé, Augusto avrebbe potuto imboccare una strada assai diversa dalla *restitutio rei publicae*, come tutti i presupposti lasciavano intendere, a favore di una forma spiccatamente monarchica. Pur in condizioni di potenza, aveva la necessità di trasformare il consenso in potere. Avrebbe potuto costruire un rapporto inedito con il popolo, superando aristocrazie, *élites*, facendo leva su spinte oggi, diremmo, populiste, e cancellare del tutto le istituzioni repubblicane; e, invece, si mosse in una direzione contraria, rinunciando alla *potentia*, dietro la consapevolezza della delicatezza della fase e della complessità di un impero così vasto, con culture e identità tanto diverse e lontane.

La *potentia*, infatti, nel lessico e nell'ideologia repubblicani assumeva una connotazione negativa quale situazione di fatto fuori della legalità. Bisognava al contrario intraprendere una direzione molto più rassicurante, quindi scelse l'*auctoritas*, figura antica, ben conosciuta, del diritto privato e pubblico (dell'*auctoritas* godevano pure i giuristi), esprimente su quest'ultimo

<sup>12</sup> Su cui vedi M. MICELI, 'Governo misto', *quartum genus rei publicae e separazione dei poteri*, in AA.VV., *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. Labruna – a cura di M.P. Baccari e C. Cascione), I.1, Napoli, 2006, 659 ss.; P. CERAMI – M. MICELI, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, Fonti, Codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018, 64 ss.; cfr. O. LICANDRO, *Cicerone alla corte di Giustiniano. "Dialogo sulla scienza politica"* (Vat. gr. 1298). *Concezioni e dibattito sulle formae rei publicae nell'età dell'assolutismo imperiale*, Roma, 2017, *passim*.

<sup>13</sup> O.D. CORDOVANA, *I Severi*, in AA.VV., *Roma universalis. L'impero e la dinastia venuta dall'Africa*, Milano 2018, 36 (catalogo della mostra).

<sup>14</sup> Sulla nuova integrazione di *RGDA* 34, 1-3 e per il dibattito storiografico dispiegatosi mi limito a rimandare a O. LICANDRO, *Augusto e la res publica imperiale*, cit., *passim*.

piano il prestigio, il *charisma*, l'autorevolezza di un cittadino che per sue virtù e meriti era riconosciuto tale da tutti e che pertanto si poneva al di sopra di ogni cosa: insomma, il migliore dei cittadini.

Scelta la direzione, bisognava giungere sino alla fine e riaffermare un'idea di sovranità popolare che al tempo stesso si fondasse sulla ricerca di una rinnovata identità. La via fu quella di ancorarsi saldamente all'*imperium populi Romani* che, al di là della valenza egemonica sottesa, indicava nel *populus Romanus* il centro politico di legittimazione del potere. La scelta fu giocata con successo.

Anche nei secoli successivi, in un principato ormai dai tratti ben definiti e, certamente, monarchici, il popolo, con il suo atto fondamentale, cioè la *lex*, rimase la fonte di legittimazione del potere imperiale; è esplicito Gai. 1, 5, ma soprattutto:

D. 1, 4, 1pr. (Ulp. 1 inst.): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*

Non è un caso che Ulpiano, quando nell'età dei Severi si procedette alla teorizzazione del fondamento di legittimità della volontà normativa del principe, abbia considerato epilogo coerente ricondurla alla matrice popolare: era, infatti, mediante *lex* che il popolo delegava l'*imperium* al *princeps* (sebbene il *populus* fosse ben altra cosa del *populus* del I secolo a.C. – I secolo d.C.).

\* \* \*

Non solo, conformemente al motivo propagandistico della *restitutio rei publicae*, restaurò il funzionamento di senato e assemblee popolari, ma puntò sulla centralità della legge facendone uno strumento fondamentale sia per produrre diritto sia per modificare la *forma rei publicae*. Se si vuole, potremmo scorgervi un approccio moderno, presente in alcune recenti sentenze della nostra Corte Costituzionale (nn. 148, 151, 198 del 2012), secondo la quale la *salus rei publicae* non ammette rimedi extracostituzionali, dato che ogni emergenza deve essere affrontata con i rimedi consentiti dall'ordinamento costituzionale.

Ad ogni modo, Augusto recuperava una concezione diffusa nel pensiero politico e giuridico tardorepubblicano e che possiamo leggere addirittura in un giovane Cicerone<sup>15</sup>, che interpretava la *lex* quale potente rimedio dei mali della *res publica*. La visione organicistica dello Stato romano e della *lex* come medicina di un corpo gravemente malato sarebbe stata uno dei motivi dominanti ampiamente documentati dai testi giuridici tardoimperiali sino alla produzione novellistica di Giustiniano. Ma, al di là di questa considerazione, il punto centrale della riflessione e dell'elaborazione della politica istituzionale augustea fu proprio la centralità della *lex*: si può senz'altro dire che, nell'orizzonte di un impero che aveva sconfitto l'opzione monarchica orientale, si stagliava con prepotenza la figura del legislatore.

Tutti i passaggi, gli aggiustamenti, i consolidamenti, le innovazioni, i rinnovi dei suoi poteri, che ne plasmarono nel complesso la posizione costituzionale, avvennero mediante *leges*. Altrettanto accadde per le riforme di diritto sostanziale o processuale (si pensi alla poderosa riforma sulla giurisdizione, con le *leges Iuliae iudiciorum privatorum et publicorum*). Importa poco quanto fosse sincero o studiato il rispetto che Augusto mostrasse verso questa fonte di produzione normativa, poco importa quanto riuscisse a orientare tutto: un fatto indiscutibile sul

---

<sup>15</sup> Cic. *de inv.* 1, 68.

piano formale, e la forma soprattutto nel ‘costituzionalismo antico’ è sostanza, è che attraverso la legge egli introdusse quei nuovi *fundamenta* nel corpo sfibrato dello Stato romano a cui si allude nella biografia svetoniana<sup>16</sup>.

Non a caso, Tito Livio (2.3.3-4), storico augusteo per eccellenza, nel racconto del passaggio dalla monarchia alla repubblica, fa pronunciare ai sostenitori del tiranno cacciato, Tarquinio il Superbo, parole di disprezzo verso la legge come qualcosa di ‘sordo e inesorabile’, e perciò il più bell’elogio della legge. Certo, si odono echi dell’antico dilemma tra Antigone e Creonte, ma la legge con la sua forma scritta in cui si versavano principi, norme, regole svolgeva una funzione di stabilità<sup>17</sup> e, dunque, rassicurante per un mondo sprofondato nel *caos* di un secolo di guerre civili.

Persino nella ricostruzione di quell’identità frantumata, Augusto, mirando alla rivitalizzazione degli antichi *mores maiorum*, fece leva sulla *lex* (le leggi matrimoniali, quelle demografiche e sociali, ecc.), ridefinendo mediante essa i principi fondamentali della convivenza sociale.

Il *princeps*, il *gubernator*, il timoniere ciceroniano, il migliore per virtù e meriti, capace di condurre il governo di una *res publica* anche nei momenti più difficili, chiamava tutti a una *renovatio* etica riconoscendosi nella *lex* quale espressione della volontà popolare lo strumento per prescrivere l’ordinamento futuro.

### 3. LA COSTRUZIONE DELL’IDENTITÀ

Fu lungo questa prospettiva identitaria che Augusto dovette affrontare un altro nodo politico fondamentale, cioè il rinnovamento della classe dirigente, chiamando attorno alla sua visione di risanamento della *res publica* la migliore intellettualità, e rendendo quella visione patriomonio collettivo. Lo fece con metodo nella costruzione di una poderosa narrazione identitaria.

- 1) Razionalizzò quel fascio difficilmente districabile e anche contraddittorio sulle origini di Roma di racconti, tradizioni, miti greci: nacque, infatti, la grande letteratura nazionale con Virgilio, Livio, Orazio, Propertio, Tibullo, il grandissimo Ovidio<sup>18</sup>, finché non entrò, per ragioni ancora oggi ignote, in rotta di collisione con il principe.
- 2) Elaborò, con straordinaria abilità, una vera e propria, ancorché embrionale, teologia imperiale sulla propria persona declinata con una duplice modalità: cumulo delle cariche sacerdotali (per l’Occidente); presentazione di se stesso come uomo-dio inviato dalla provvidenza divina con la missione di portare sulla terra una nuova era di pace (si veda l’emblematica iscrizione di Priene del 9 a.C.)<sup>19</sup>, per incontrare e interpretare in senso originale le attese soteriologiche di un messianismo largamente serpeggiante nei territori orientali (si pensi soltanto a quello giudaico), e diffondendo, in quell’impero vastissimo segnato da innumerevoli culti, quello unitario del *Genius Augusti*. Diversità ma identità: un altro germe di una visione ecumenica o globale.
- 3) Rinnovò in profondità la classe dirigente. Non discriminò gli oppositori (esemplare il caso del giurista Labeone a cui offrì persino il consolato), e puntò decisamente sugli *homines novi*, l’ordine equestre, depositario di gran parte della ricchezza in circolazione. I cavalieri

<sup>16</sup> Svet. *Aug.* 28, 1-4.

<sup>17</sup> Si trattò di una concezione talmente radicata da essere pienamente trasmessa alle esperienze legislative romano-germaniche; si veda persino il caso dell’Editto del re longobardo Rotari; Ed. Roth. *cap.* 386.

<sup>18</sup> Su Ovidio, si legga il bel libro di F GHEDINI, *Il poeta del mito. Ovidio e il suo tempo*, Roma 2018; e i vari contributi raccolti nel catalogo della mostra AA.VV., *Ovidio. Amori, miti e altre storie*, Roma 2018.

<sup>19</sup> SEG IV, 490 (= *OGIS* II, 458).

costituivano il ceto sociale più dinamico e attivo nel sistema produttivo economico, negli investimenti, diventando così altro del semplice contraltare concorrente della vecchia aristocrazia terriera raccolta nell'ordine senatorio, ma un ceto strategico aderente al progetto augusteo per il rilancio dell'impero. Si potrebbe dire che l'abilità augustea realizzò una sorta di istituzionalizzazione, o canalizzazione, della ricchezza privata verso il fine generale, pubblico, della ricostruzione della *res publica*.

Non solo, ma saggiamente, Augusto mise in pratica una politica di integrazione delle *élites* locali in una visione generale di una loro comune partecipazione al potere e al disegno della casa imperiale. Il *populus* augusteo, naturalmente sotto il profilo concettuale non coincideva più con il *populus* di una città-stato. Il *populus* era costituito dall'insieme dei *cives* dislocati in tutto l'impero romano, di fatto ormai una federazione o, con metafora assai più suggestiva, una costellazione di *poleis*, di città, e di innumerevoli popoli o genti. Obiettivo reale era fermare o, addirittura, prevenire forze e spinte centrifughe e disgregatrici. La strategia adottata fu, dunque, quella dell'estensione della cittadinanza, su cui si tornerà più avanti.

#### 4. IL RUOLO DELLA SCIENZA GIURIDICA

In questo complesso processo di ristrutturazione della *res publica*, di ridefinizione dei centri politici, quale fu il ruolo dei giuristi? Mantengono quella caratteristica di tecnicità e separatezza dal potere politico o cambiò qualcosa? Pur senza perdere quel carattere, qualcosa mutò e anche significativamente. Augusto aveva piena consapevolezza che quello romano era un 'diritto di giuristi' e non di legisti. Per questo aprì una fase nuova segnata da una loro chiamata alla partecipazione al potere. Ci provò persino con un dissidente del calibro di Labeone, uno dei maggiori giuristi del tempo, che però rifiutò senza andare incontro ad alcuna conseguenza negativa, ma in generale ci fu la disponibilità a stare a diverso titolo nell'orbita imperiale.

Assunsero cariche pubbliche, accettarono lo *ius respondendi ex auctoritate principis*, cioè la facoltà di emanare responsi rafforzata dall'*auctoritas* di Augusto, riannodando così quel filo spezzatosi tra *prudentes* e *populus* da cui scaturiva il riconoscimento della loro funzione sociale e creatrice di diritto, quell'*auctoritas* di cui parlava Cicerone. Ma soprattutto parteciparono come consiglieri giuridici all'esercizio diretto del potere nel *consilium principis*, introiettando dentro quel sistema di potere la loro scienza e le loro tecniche. Non passerà molto tempo infatti perché, oltre alla sostanza, il metodo casistico dei *prudentes* romani divenisse anche il metodo di intervento normativo del principe, soprattutto al giungere di quella, giustamente considerata, la fase più alta e luminosa della scienza giuridica romana nell'età dei Severi, in cui i migliori giuristi, Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino, assunsero un notevole peso politico, trovandosi ai massimi vertici della burocrazia imperiale.

La scienza giuridica fu, dunque, fondamentale, e Augusto investì molto nell'attrazione verso il regime. Ebbe dalla sua parte Ateio Capitone, il costituzionalista del tempo, che condivise il progetto augusteo di rifondazione della *res publica* ed esercitò un ruolo fondamentale nella sistemazione del potere pubblico e, come dicevamo prima, nella teorica della sovranità popolare e della *lex*, come fa fede la sua celebre *definitio*:

Gell. N.A. 10, 20, 2: Ateius Capito, *publici privatique iuris peritissimus, quid 'lex' esset, hisce verbis definit: "Lex" – inquit – "est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu"*.

Non è privo di significato che Gellio ricordasse Ateio Capitone<sup>20</sup>, *peritissimus publici privatique iuris*, un autorevole giurista capace di dominare i due settori del diritto, non solo quello tradizionale privatistico, ma pure lo *ius publicum*, quale sapere specialistico relativo allo *status rei Romanae* (D. 1, 1, 1, 2 [Ulp. 1 *inst.*]), che andò via via acquistando un peso rilevante, man mano che l'apparato istituzionale e amministrativo cresceva, accompagnato anche da una maggiore articolazione del potere nella sua dislocazione territoriale.

Verrebbe da chiedersi oggi dove siano i giuristi, quale sia il loro ruolo, a cosa sia dovuta la loro grave assenza soprattutto nei luoghi della rappresentanza politica, nelle assemblee titolari della produzione legislativa, perché si accetti ancora la compressione mortificante tra il potere politico sovente inadeguato e quello dei tribunali.

## 5. LA VOCAZIONE UNIVERSALISTICA: UN IMPERO MULTIETNICO, MULTILINGUE, MULTICULTURALE, DAL PLURALISMO RELIGIOSO E NORMATIVO

Ma torniamo ad Augusto. Il principe e la classe dirigente chiamata e formata accanto a sé sapevano di dover governare un *pluriversum*, in cui la *res publica* mostrava una sostanza complessa e composita quasi come una costellazione di città o un reticolo di entità statuali di diverso livello e di sovranità diseguale e subalterne a quella romana: *civitates* di differente statuto giuridico, *liberae ac immunes, foederatae, regna amici*, ecc. L'obiettivo gigantesco era quello di plasmare un governo mondiale, o se mi è permesso una '*global governance*'. L'uso di simili espressioni, naturalmente, lungi dall'essere un vezzo, risponde a una banale esigenza di comodità rispetto a un orizzonte di mondializzazione indotto dal concetto antico di confine molto diverso da quello moderno, o forse meglio dall'assenza dello stesso. Secondo la concezione romana, infatti, l'impero coincideva con il mondo o viceversa<sup>21</sup>, oltre la demarcazione romana c'era l'altro, l'alterità, ma si era fuori dalla civiltà, cioè il *barbaricum*. Pertanto, rispetto all'essenza di un *orbis* consistente in un universo complesso, diversamente integrato e plurale di popoli, etnie, lingue, religioni, culture e tradizioni e ordinamenti giuridici diversi, la funzione esplicita dalle frontiere, da non intendere in senso esclusivamente militare<sup>22</sup>, era fondamentale. Non a caso, e da tempo, la migliore letteratura storiografica in tema di frontiere e confini ha dimostrato come questi debbano piuttosto essere intesi come significative aree di interazioni sociali e culturali<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Mi limito a segnalare i contributi di S. RONCATI, *Caio Ateio Capitone e i Coniectanea (Studi su Capitone, I)*, in *SDHI* 71 (2005) 271 ss.; E. STOLFI, '*Plurima innovare instituit*'. *Spunti esegetici intorno al confronto tra Labeone e Capitone in D. 1.2.2.47 (Pomp lib. Sing. ench.)*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007, 57 ss.; P. BUONGIORNO, *Ateii Capitones*, in *Iura* 59 (2011) 195 ss.; ID., *C. Ateius Capito. Appunti per una biografia politica*, in *Scritti per A. Corbino* (a cura di I. Piro), I, Tricase (LE) 2016, 413 ss.; O. LICANDRO, *Augusto e la res publica imperiale*, cit., *passim*, *praecipue* 291 ss.

<sup>21</sup> Da ultimo S. RODA, *Imperium sine fine e i confini dell'Impero tra ideologia, propaganda e Realpolitik*, in AA.VV., *Roma e i 'diversi'. Confini geografici, barriere culturali, distinzioni di genere nelle fonti letterarie ed epigrafiche fra età repubblicana e Tarda Antichità*, a cura di C. Giuffrida, M. Cassia e G. Arena, Milano 2018, 73 ss.

<sup>22</sup> Aspetto invece prediletto da A.S. LEWIN, *Popoli, terre, frontiere dell'Impero romano. Il vicino Oriente nella tarda antichità. I: Il problema militare*, Catania 2008, 109 ss.

<sup>23</sup> F.J. TURNER, *La frontiera nella storia americana*, Bologna 1975, 31 ss.; O. LATTIMORE, *La frontiera. Popoli ed imperialismi alla frontiera tra Cina e Russia*, Torino 1970, 49 ss.; J.B. WARD-PERKINS, *Frontiere politiche e frontiere culturali*, in AA.VV., *La Persia e il mondo romano*, Accademia dei Lincei, Quaderno 76, Roma 1966, 395 ss.; M. MAZZA, *Identità etniche e culture locali sulla frontiera dell'Eufrate (II-IV sec. d.C.)*. *Uno studio sui contatti culturali*, in ID., *Cultura guerra e diplomazia nella Tarda Antichità. Tre studi*, Catania 2005, 13 ss.

È in questa fase, e in relazione a determinate questioni di particolare delicatezza, che possiamo misurare il peso dei *prudentes* romani, e a tal proposito prendo in prestito alcune efficaci considerazioni, esordio di un agile e illuminante saggio, di Natalino Irti: «Soggetti, cose, atti abitano nello spazio. Ognuno di essi è individuato da un luogo e riceve un predicato di posizione. Il linguaggio giuridico è tutto intriso di richiami spaziali: dimora, residenza, domicilio delle persone fisiche; sede delle persone giuridiche; confini di terre e di altri beni immobili; contiguità o vicinanza di fondi; luoghi di conclusione di accordi, di adempimenti di doveri, di esercizio di diritti. L'applicazione di una o altra norma appare congiunta ai luoghi dell'aria e del mare, sui quali la superficie terrestre quasi si espande e irradia. C'è, nel profondo nascere e svolgersi del diritto, un legame terrestre, un'originaria necessità dei luoghi»<sup>24</sup>. Irti ci consegna una elementare considerazione: qualunque sia l'ordinamento giuridico preso in considerazione, per spazio fisico e per tempo, il diritto ha bisogno di spazi e luoghi.

Se vale ancora oggi, doveva ancor più valere allora. Davanti alla necessità di amministrare uno spazio di dimensioni gigantesche, Augusto e la nuova classe dirigente si trovarono dinanzi a questa nuova e prorompente esigenza. Del resto, Augusto stesso assolve a tale compito di ricognizione dello spazio e di riorganizzazione, quando nelle sue *Res Gestae* annota la deduzione di 28 colonie in Italia, e altre in Africa, Asia, ecc., la riconquista e riconsegna di numerosi territori all'*imperium populi Romani*. Il *princeps* in persona<sup>25</sup> e la nuova classe dirigente, dunque, furono costrette a inventare mezzi sempre più avanzati di censimento della popolazione, di misurazione delle distanze, di rilevazione topografica e catastale, si crearono circoscrizioni amministrative con i loro strumenti (i 'Regionari'), si elaborarono criteri di relazioni della persona con luoghi e territori. Insomma, un immenso lavoro collettivo, un 'inventario del mondo', per utilizzare il titolo di un bel libro di Claude Nicolet<sup>26</sup>, che pose le basi per una nuova geografia amministrativa al servizio del governo del mondo.

## 6. PERSONA E TERRITORIO: IL DOMICILIUM

Proprio in questo arco cronologico i giuristi, impegnati nella costruzione di un nuovo impero mondiale, riflettono su grandi temi, come la cittadinanza, escogitano nuovi strumenti di governo e di criteri di relazione tra persona e territorio nell'ultimo secolo repubblicano. Vi è l'intera scienza giuridica in campo per decifrare la nuova realtà, per tradurre in principi e *regulae* coerenti, e contribuire così alla costruzione della disciplina giuridica dello spazio della nuova *forma rei publicae*.

I testi dei giuristi romani sopravvissuti grazie a quello straordinario giacimento che sono i *Digesta* di Giustiniano sono generosi ed eloquenti, a cominciare dal *domicilium*. È proprio negli ultimi cinquant'anni a.C. e nei primi decenni della genesi del principato che quel tema diventa oggetto di dibattito. E mentre la scuola serviana, con Alfeno Varo, cesellava una definizione di *domicilium*:

D. 50, 16, 203 (Alf. Var. 7 dig.): *In lege censoria portus Siciliae ita scriptum erat: «servos quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato». Quaerebatur, si quis a Sicilia servos Roman mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portorium dare deberet nec ne. Respondit duas esse in hac scriptura quaestiones, primam quid esset «domum ducere», alteram, quid esset «suo usu ducere». Igitur*

<sup>24</sup> N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2002, 3.

<sup>25</sup> *Divisio orbis terrarum 15: orbis dividitur tribus nominibus: Europa, Asia, Libya vel Africa. Quem Divus Augustus primus omnium per chorographiam ostendit.*

<sup>26</sup> C. NICOLET, *L'inventario del mondo. Geografia e politica alle origini dell'impero romano*, Roma-Bari 1989.

*quaeri solet, utrum, ubi quisque habitaret sive in provincia sive in Italia, an dumtaxat in sua cuiusque patria domus esse recte dicitur. Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset,*

con una visione che ritroviamo riflessa nella nostra contemporanea definizione civilistica dell'istituto (art. 43 c.c.: *Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi*), quale luogo ove si realizza la vita della persona e si concentrano i propri interessi, altri si interrogavano sulla legittimità del domicilio doppio o plurimo osservando la mutata realtà sociale ed economica imperiale: traffici commerciali intensi, presenza radicata di cittadini in ogni angolo del bacino del Mediterraneo a svolgere attività economiche, spingevano i giuristi romani a dibattere.

E si dividevano: se una maggioranza era favorevole, all'opposizione, invece, si schierava apertamente Labeone, espressione del conservatorismo repubblicano e giurisprudenziale. E si affinavano principi e *regulae*, sino a giungere ad affiancare al mero criterio materiale dell'*habitatione* o della strutturazione della propria attività commerciale, l'indagine della volontà, l'*animus*, della persona su quale luogo considerasse davvero il proprio domicilio<sup>27</sup>.

Al tempo stesso, il *domicilium*, oltre che nella sua essenza di luogo di imputazione degli affari e delle relazioni giuridiche, veniva preso in considerazione da un'altra e più delicata angolazione, cioè quale sfera personale riservata alla persona e come tale da proteggere da illegittime intrusioni materiali, persino violente. Basta una semplice analisi lessicale per comprendere la ricchezza della riflessione dei giuristi romani e della straordinaria eredità lasciataci. Emblematico, un testo di Ulpiano, relativo all'interpretazione della *lex Cornelia de iniuriis* che puniva in sede criminale le violazioni di domicilio aggravate dall'uso violenza<sup>28</sup>. Poiché nel testo della legge si usava *domus* piuttosto che *domicilium*, Ulpiano, che richiamava i termini di un dibattito di cui fu protagonista ancora una volta Labeone, precisava che l'interpretazione di *domus* dovesse essere estensiva e non restrittiva, non limitata alla *domus* di proprietà, ma a qualunque abitazione in cui si trovasse, a qualsivoglia titolo giuridico, l'individuo vittima della violazione violenta del domicilio.

Un'analisi del lessico giuridico romano in materia porterebbe a risultati interessanti: in alcuni casi si usa il termine *domus*, altre volte *domicilium*, altre volte ancora ci si riferisce all'*habitatione*, cioè al mero fatto materiale di abitare in un certo luogo, e così via; in altri termini, si assiste a un continuo slittamento semantico che sembrerebbe deporre per uno stato di elaborazione della materia ancora grezzo, e una sostanza giuridica ancora confusa.

Ma se conducessimo una medesima analisi semantica sulla disciplina giuridica contemporanea avremmo una sorpresa. Partiamo dall'ordinamento giuridico italiano con l'art. 43 del codice civile italiano del 1942:

*Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.*

L'influenza della concezione del domicilio romano è evidente: la sede principale degli affari e degli interessi (ricordiamo la *definitio* alfeniana di *domus* quale sede in cui sono conservate le scritture contabili, quindi un chiaro riferimento agli affari e alla loro dimensione giuridica) deve essere tenuta distinta dalla dimora abituale. Ma, passando da una dimensione privatistica a una pubblicistica, il quadro muta ed è agevole osservare come nel nostro ordinamento residui un approccio unitario tra residenza e domicilio, che sembra tendere a non distinguere tecnicamente

<sup>27</sup> D. 50.1.5; D. 50.1.6.2; D. 50.1.27.2.

<sup>28</sup> D. 47.10.5pr.-5.

le due figure ai fini della tutela della sfera della persona. Ciò appare evidente nelle formulazioni dell'art. 14 della Costituzione:

*Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali;*

nella sua connessione con il dispositivo dell'art. 614 del codice penale:

*Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione fino a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. La pena è da uno a cinque anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato.*

La prima delle due formulazioni si riferisce più direttamente al domicilio, intendendo il luogo in cui una persona *ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi*, secondo l'art. 43 del codice civile italiano; la seconda, invece, più in generale contempla qualunque luogo riconducibile a una persona (*abitazione altrui o privata dimora*), la cui violazione ingiustificata configurerebbe un'intrusione illecita nella sfera individuale.

E, infine, a completamento della sinossi può aggiungersi anche l'art. 12 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*:

*Nessun individuo può essere sottoposto a interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni.*

Mentre con la rivoluzione tecnologica e con il poderoso impatto sulla vita sociale degli strumenti informatici e del *web*, ci si è proiettati su dimensione diversa in cui tutto è più astratto, meno materiale, lo spazio diventa indefinibile, come si legge nella formulazione di una nuova fattispecie di 'violazione del domicilio', contenuta dall'art. 615 *ter* del codice penale italiano:

*Chiunque si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha diritto di escluderlo è punito con la reclusione fino a tre anni.*

Introdursi clandestinamente in un *server*, in un *computer*, in una *cloud*, o in cos'altro, per quanto lontanamente assimilabile, configura oggi una violazione di domicilio. Chiunque può accorgersi che tutte queste disposizioni differenti e diversamente efficaci sono accomunate da un singolare slittamento semantico: casa, sede principale, abitazione, luogo di privata dimora, dimora abituale; mentre lascio fuori quelle informatiche o telematiche. Su queste basi, allora, può davvero parlarsi di incertezza? Erano allora soltanto i giuristi romani tardorepubblicani ad apparire incerti o confusi? La risposta è no. Al contrario, a proposito degli strumenti di inquadramento e di relazione tra persone e territorio, è noto che gli interessi in gioco producono effetti prismatici assorbenti e di assoluto interesse, e tali furono quelli che si determinarono man mano che si procedeva alla costruzione e razionalizzazione dello 'Stato imperiale' romano.

## 7. IL CRITERIO DELL'URBANITAS

Il criterio su cui si fondava il rapporto tra una persona e una comunità cittadina consisteva nell'*urbanitas*, termine evocante, da un canto, un essenziale tratto identitario culturale della cittadinanza romana e, da un altro, la relazione tra una persona e un territorio. Ma in cosa consisteva l'*urbanitas*? Sull'affinamento dell'*urbanitas* la scienza giuridica fu decisiva. In particolare, può richiamarsi un passo assai significativo di Ulpiano, che contribuisce a chiarire appunto cosa entrasse in gioco nella valutazione della relazione tra una persona e il territorio, o i territori, su cui insisteva:

D. 50, 1, 27, 1 (Ulp. 2 ad ed.): Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit contrahit, in eo foro balineo spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur.

Ulpiano prendeva in considerazione il caso di chi possedeva un rapporto ambiguo con due strutture urbane, una colonia o un municipio: in una città conduceva i propri affari negoziali, frequentava il foro e le terme, partecipava agli spettacoli e alle feste, in un'altra invece concretizzava semplicemente una materiale *habitatio*. Il giurista severiano, com'è evidente, ai fini dell'attribuzione del *domicilium* individuava un preciso indicatore della qualità del legame di un individuo con il territorio, e cioè la partecipazione alla vita economica, sociale e culturale di una città.

Il tema ricorre in un altro testo di un altro giurista severiano, Modestino:

D. 50, 1, 35 (Modest. 1 exc.): Εἰδέναι χρή ὅτι ὁ ἐν ἀγρῷ καταμένων ἰνκόλας οὐ νομίζεται ὁ γάρ ἐκείνης τῆς πόλεως ἐξαιρέτους μὴ χρώμενος οὐ νοίζεται εἶναι ἰνκόλας.

Il caso affrontato è quello della determinazione del domicilio di chi, abitando in un fondo rustico, non si avvaleva delle prerogative, dei vantaggi, dei servizi, insomma dei *commoda*, della città. Ora, è utile ricordare le numerose disposizioni ricorrenti negli statuti municipali in cui si contemplavano ed enumeravano proprio tali aspetti: basta scorrere, per esempio, la *lex Irnitana* in cui si menzionano *cenae* e *ludi* (cap. 77); distribuzioni di denaro (cap. 79); *spectacula* (cap. 81); *epula*, *viscerationes* (cap. 92)<sup>29</sup>. Però, non è che a questa soluzione si fosse giunti soltanto nel III secolo d.C.: in realtà, le posizioni di Ulpiano e Modestino confermano un preciso e univoco orientamento di continuità dei *prudentes* romani attenti non tanto, o almeno non soltanto, al luogo dove banalmente si soggiornasse, cioè dove diremmo volgarmente oggi si andasse a dormire, ma alla sostanza reale e qualificata del rapporto tra individuo e comunità<sup>30</sup>.

Si trattava, insomma, di uno dei cardini su cui ruotava l'essenza della romanità, cioè l'*urbanitas* quale stile di vita urbano che soltanto una struttura cittadina era in grado di offrire ai propri membri: «un tessuto urbanistico fatto di edifici privati e pubblici con strutture in grado di assicurare la vita associata nel profilo economico, culturale, politico». L'attenzione anche alle

<sup>29</sup> Su questi *capita* rinvio per tutti a F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». «Municipalità» e «*Ius Romanorum*», Napoli 1993, *passim*.

<sup>30</sup> Su questi testi vedi principalmente O. LICANDRO, *Domicilium e incolae tra repubblica e principato*, in AA.VV., *Étrangers dans la cité romaine*. «*Habiter une patrie*»: des incolae de la République aux peuples fédérés du Bas-Empire». Actes du Colloque de Valenciennes (14-15 octobre 2005), Rennes 2007, 66 ss.; ID., *Pomponio e L'incolae. Osservazioni su D. 50.16.239.2 (Pomp. l. sing. ench.) alla luce di Lex Urs. cap. 98 e Lex Irn. cap. 83*, in fil...a. *Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. D'Ippolito, II, Napoli 2007, 1381 ss.; e L. GAGLIARDI, *Osservazioni in tema di domicilio degli incolae. La distinzione tra incolae di città e incolae di campagna*, in AA.VV., *Gli Statuti Municipali* (a cura di L. Capogrossi Colognesi, E. Gabba), Pavia 2006, 647 ss.

strutture materiali, ove si svolgeva la vita cittadina, costituì sempre una delle fondamenta ideologiche della città e della cittadinanza: templi, fori, teatri, terme, fontane, ginnasi, scuole, definivano un modello non solo e non tanto urbanistico quanto assai più profondamente culturale<sup>31</sup>. Lo schema del modello era già offerto da Cicerone che nel *De officiis*, in un tentativo di inquadramento definitorio del *civis*, teneva strettamente congiunti tre aspetti (Cic. *de off.* 1, 17, 53: *multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates cum multis res rationesque contractae*).

Dunque, dagli elementi istituzionali, quali il diritto e i giudici e la politica (*leges, iura, iudicia, suffragia*), ai rapporti interpersonali e di affari (*consuetudines praeterea et familiaritates cum multis res rationesque contractae*), alle strutture materiali cittadine (*forum, fana, porticus, viae*), nonostante la distanza di diversi secoli, da Cicerone a Ulpiano, la linea non appare affatto mutata. Nelle righe ciceroniane troviamo la più incisiva dimostrazione che la città non è un semplice fatto materiale, non è solo pietre, ma anche, direi soprattutto, modelli culturali, moduli politico-organizzativi, idee; ma niente di tutto ciò potrebbe allignare al di fuori di uno spazio urbano organizzato secondo il tempo della politica, dello *ius*, degli affari. Sempre quei medesimi tre aspetti cesellarono a tutto tondo lo *status* di un cittadino e il suo rapporto con una comunità urbana, e il cuore del problema restava appunto quello della cultura urbana, misura di una compiuta romanizzazione, di norma requisito per il conseguimento della cittadinanza.

## 8. CITTADINANZA: CITTÀ E CAMPAGNE

La città era l'essenza dell'impero romano, la sua stessa base senza la quale non sarebbe stato nulla e la campagna non era altro che una parte del suo territorio. Nel suo incompiuto *Die Stadt*, Max Weber ha avvertito come nella definizione di città la grandezza non fosse carattere decisivo<sup>32</sup>. A prescindere dalle dimensioni, ovunque arrivasse, l'impero creava città o nei territori privi di ogni cultura urbana organizzava centri e comunità di villaggio, diversamente denominati (*fora, vici, loci, conciliabula, oppida, castella*) secondo una tipologia variabile in base ad alcuni tratti fisionomici prevalenti, ma il cui approdo allo stadio finale della forma della città era l'esito solo eventuale di un processo graduale di crescita e trasformazione<sup>33</sup>.

Il paradigma della città con il suo modello culturale sintetizzato dal termine *urbanitas*, lo ritroviamo in un *Elogio di Roma* pronunciato da un giovane e brillante retore intorno alla metà del II secolo d.C., Elio Aristide<sup>34</sup>. Nella visione aristidea l'*urbanitas* si condensava nelle peculiarità di Roma, appunto città per eccellenza, munita di quella particolare fisionomia grazie alla quale le si assegnava il primato nel confronto con le *poleis* e gli imperi del passato; un tratto che recava in sé la ricchezza dei consumi e delle abitudini, la bontà delle istituzioni e del governo.

---

<sup>31</sup> Cfr. Tac. *Agr.* 21.

<sup>32</sup> M. WEBER, *Economia e società. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. La città* (a cura di W. Nippel), Roma 2003, 3 s., osservava come nella Russia dei suoi tempi ci fossero villaggi con diverse migliaia di abitanti di gran lunga più grandi di alcune città antiche, abitate soltanto da qualche centinaio di individui.

<sup>33</sup> V. GIUFFRÈ, *La struttura politico-costituzionale e il territorio*, in AA.VV., *Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero*. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 5-8 giugno 2002 (a cura di F. Milazzo), Soveria Mannelli 2010, 26, ha giustamente sottolineato lo scarso valore tecnico sotto il profilo istituzionale di questa tipologia di insediamenti, da un lato, refrattari «alla latinizzazione/romanizzazione amministrativa dell'area» e, dall'altro, ritenuti da Roma inadeguati «a sostenere gli oneri dell'autogoverno, e inaffidabili nell'esazione tributaria».

<sup>34</sup> Sul retore si rinvia a ELIO ARISTIDE, *A Roma* (traduzione e commento a cura di F. Fontanella, introduzione di P. Desideri), Pisa 2007; e i saggi del volume collettaneo AA.VV., *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, a cura di P. Desideri e F. Fontanella, Bologna 2013.

Elio Aristide tratteggia un quadro assai definito nel suo perimetro retorico, ove i confini dell'impero erano i confini del mondo, la pace e il paradigma della città costituivano l'architrave della sua rappresentazione di un impero-mondo, di un'*urbs* fattasi *orbis*, *communis patria*, come aveva già scritto Cicerone: «Il mondo intero è stato trasformato in un delizioso giardino», le campagne sono sicure «le fumate che si levavano dalle pianure, i fuochi di segnalazione per amici e nemici sono svaniti», i mari adesso sono solcati «da navi mercantili invece che da triremi da guerra», l'impero è segnato da una moltitudine di città «le coste del mare e le regioni dell'interno ne sono gremite», e dovunque «ginnasi, fontane, templi, manifatture, scuole». Alla stessa stregua di Cicerone, Elio Aristide individuava il merito principale dell'impero romano nell'aver fatto della città, della *polis*, il paradigma dell'assetto politico e istituzionale e della stessa civiltà.

In tal modo il processo di uniformazione trovava un suo cardine fondamentale e si compiva nella globalità dell'impero: anche per i territori orientali la *polis* diveniva la forma organizzativa della convivenza civile e dello sviluppo economico; e su queste basi, non a caso, si radicava il consenso delle *élites* di cultura greca. È utile rileggerne l'affresco nella pagina aristidea: «[...] *Il mare come una cintura segna il centro dell'ecumene e allo stesso tempo del vostro impero; [11] e intorno al mare si stendono i continenti, grandi in grande spazio, che sempre vi forniscono in abbondanza qualcuno dei beni che da essi provengono. Qui confluisce da ogni terra e da ogni mare quello che generano le stagioni e producono le varie regioni, i fiumi, i laghi, e le arti dei Greci e dei barbari; se uno vuole osservare tutte queste cose, bisogna o che se le vada a vedere viaggiando per tutta l'ecumene, o che venga in questa città. Infatti quando nasce e si produce presso ciascun popolo, non è possibile che non si trovi sempre qui addirittura in abbondanza. Tante sono le navi da carico che giungono qui trasportando tutti i prodotti da tutti i luoghi, in ogni stagione, in ogni volgere d'autunno, che l'Urbe sembra il laboratorio generale della terra. [12] E si possono vedere così tanti carichi dall'India e volendo anche dall'Arabia Felice, da potersi presumere che ormai a quei popoli gli alberi sia rimasti spogli, e che anche loro debbano venire qui a cercare i loro stessi prodotti, nel caso che abbiano bisogno di qualcosa; inoltre tessuti babilonesi e ornamenti delle regioni barbare più lontane arrivano in molto maggiori quantità, e molto più facilmente, che se si dovesse venire ad Atene portando qualche prodotto di Nasso o di Citno; e l'Egitto, la Sicilia e la parte fertile dell'Africa sono come vostri poderi. [13] Gli arrivi e le partenze delle navi si susseguono senza posa, così che c'è da meravigliarsi non tanto che il porto, quanto che il mare stesso riesca, se pure riesce, a contenere un così gran numero di imbarcazioni. E veramente si può dire, come diceva Esiodo degli estremi confini dell'Oceano – che c'è un luogo dove tutto confluisce in un unico principio e in un'unica fine – che qui tutto converge, commerci, navigazioni, agricoltura, metalli lavorati, tutte quante le arti che ci sono o che ci sono state, tutto quanto è prodotto o generato dalla terra. Quello che non si riesce a vedere qui, non rientra nell'ordine delle cose che sono esistite o esistono; per questo non è facile decidere se sia più l'Urbe a superare le città a lei contemporanee, o il suo impero a superare tutti gli imperi del passato» (Ael. Arist. *Elogio di Roma* 10-13).*

Le *élites* cittadine trovavano voce in Elio Aristide per descrivere se stesse come la vera 'spina dorsale' dell'impero romano: «di qui l'ambivalenza di un elogio di città che è l'elogio della stessa costruzione imperiale nella sua dimensione territoriale complessiva, come spazio politico, amministrativo, militare e anche economico unitario»<sup>35</sup> e, certamente, in quanto dilatazione del paradigma della città. Roma era l'impero, non tanto la capitale, e le casate imperiali e le classi dirigenti centrali furono sempre consapevoli del fatto che le mille città dell'impero fossero il fulcro politico del consenso ed economico delle tante reti regionali di cui si componeva il panorama mercantile.

<sup>35</sup> E. LO CASCIO, *Roma come «mercato comune del genere umano»*, in AA.VV., *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, a cura di P. Desideri e F. Fontanella, Bologna 2013, 193.

Corre, infatti, un unico filo rosso nei secoli imperiali, che per comodità facciamo andare da Cicerone in avanti. Quando nel 177 d.C. Marco Aurelio decise di concedere la cittadinanza romana a esponenti di una tribù nomade berbera (gli *Zegrenses*), nella motivazione del provvedimento, fondata sulla sua comprovata e assoluta fedeltà all'impero, ne sottolineava l'eccezionalità, perché Roma era restia a darla a persone appartenenti a organizzazioni tribali seminomadi, come nel caso in questione, lontane dallo *standard* di romanizzazione espresso, in particolare, dal modello di vita associata in città<sup>36</sup>.

Città e *urbanitas* furono sempre connessi al tema, perennemente infuocato, della cittadinanza (e, perciò, della romanizzazione). Dinanzi alla tumultuosa ansia palinogenetica e di pacificazione, Augusto intuì abilmente come uno snodo centrale passasse dalla necessità di invertire una tendenza in tema di cittadinanza. La linea politica di geloso esclusivismo in materia di concessione di cittadinanza, praticata con rigore per secoli dai gruppi dirigenti repubblicani, era ormai davvero insostenibile. Del resto, aveva prodotto disastri incalcolabili, come il *bellum sociale* nell'ultimo secolo della repubblica, che si chiuse con la vittoria militare romana ma con la vittoria politica degli alleati ammessi allo *ius civitatis*<sup>37</sup>.

In un celeberrimo dialogo, riportato da Cassio Dione, di Augusto con i suoi uomini più fidati Agrippa e Mecenate (il militare e il politico intellettuale), quest'ultimo sollecitava il *princeps* a chiamare alla partecipazione al potere il notabilato locale: «dichiaro che tutti devono essere chiamati a prendere parte al governo, in modo tale che, partecipando alla pari anche in questo, siano nostri fedeli alleati come se vivessero in un'unica città, che definiamo nostra, considerandola tutt'uno con i loro campi e i loro villaggi» (Cass. Dio 52, 19, 6). In questa idea antica, non importa poi se davvero ascrivibile a Mecenate o ad Augusto o allo stesso Cassio Dione, vi è un nucleo di assoluta modernità, quello del 'villaggio globale': relazioni tra gruppi dirigenti di comunità lontane dislocate anche agli estremi di un impero sterminato, come se stessero in un'unica città. Una visione moderna che mirava a tenere insieme *élites* e popolo, città e campagne, cittadini urbanizzati e masse rurali.

Augusto apriva, così, il varco alla doppia cittadinanza per includere le *élites* locali in una visione comune e di partecipazione al potere. Per quanto la situazione sia molto diversa, è indubbia l'analogia con uno dei temi contemporanei più scottanti sul campo europeo, appunto la frattura tra centro e periferia, tra *élites* e popolo. Nell'attuale temperie mondiale, l'irruzione potente dei nuovi nazionalismi declinati nella forma del 'sovranoismo' hanno prodotto fatti politici enormi e, conseguentemente, sollevato un gigantesco dibattito. Sovviene, istintivamente, l'esito referendario britannico della *Brexit* che ci ha plasticamente rappresentato la divaricazione tra città e campagna nel mondo anglosassone. Abbiamo visto soccombere la visione, e la voglia, di cosmopolitismo, di integrazione, di unità pur nella diversità, dinanzi all'arrembante pulsione centrifuga, scatenata da propagande fondate su paure, egoismi, nazionalismi.

L'Italia non ne è rimasta immune. Gli esiti delle recenti vicende politiche hanno così stimolato un libro intelligente, acuto, *The Game* (pubblicato per i tipi di Einaudi, 2018), di Ales-

---

<sup>36</sup> Sulla *Tabula Banasitana* vedi per tutti E. VOLTERRA, *La Tabula Banasitana. A proposito di una recente pubblicazione*, in *BIDR* 77 (1974) 407 ss.; E. MIGLIARIO, *Gentes foederatae. Per una riconsiderazione dei rapporti romano-berberi in Mauretania Tingitana*, in *RAL* 10 (1999) 427 ss.; C. GIACHI, *La Tabula Banasitana: cittadini e cittadinanza ai confini dell'Impero*, in AA.VV., *Civis/Civitas, Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna*. Atti del Seminario internazionale di Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008 (a cura di C. Tristano, S. Allegria), Montepulciano (SI) 2009, 17 ss.

<sup>37</sup> G. LURASCHI, *Foedus Ius Latii Civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadania*, Padova 1979; S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi*, 175 ss. [= in *RDR* 12 (2012) ([www.ledonline.it](http://www.ledonline.it))], e bibliografia ivi citata.

sandro Baricco, su alcune coordinate discusse poi per qualche settimana sulle colonne del quotidiano *La Repubblica*<sup>38</sup>. Provo a riassumerne la sostanza. Baricco sostiene che il *caos* attuale derivi, sostanzialmente, dalla rottura del patto tra *élites* e la gente, e cioè nel fatto che «la gente concede alle *élites* dei privilegi e perfino una sorta di sfumata impunità, e le *élites* si prendono la responsabilità di costruire e garantire un ambiente comune in cui sia meglio per tutti vivere [...] una comunità in cui le *élites* lavorano per un mondo migliore [...]». Se poi invece accade il contrario, se la crisi, mentre divorava economie e travolge intere masse popolari, non colpisce le *élites*, comprendiamo i termini del problema e della sua capacità di innescare processi dagli esiti imprevedibili: frantumazione della classe media, smarrimento dei suoi valori, rifiuto, se non disprezzo, delle istituzioni, perdita di identità, insorgenza di culture violente, tendenze secessionistiche, pulsioni di l'abbattimento del sistema.

Con tutti i dovuti distinguo, sono innegabili i tratti di affinità con alcuni momenti cruciali dell'antichità e, per il tema che si sta trattando, dei problemi che Augusto si trovò ad affrontare. E, allora, se con tutta la cautela necessaria analizziamo freddamente le questioni, affiora subito la cifra alta della strategia politica augustea.

Attraverso un sapiente processo di integrazione nel sistema di governo, chiamate a fianco del nuovo protettore della *res publica*, le *élites* locali avrebbero accresciuto il corpo civico romano, assicurato una capillare adesione alle politiche imperiali, accelerato la romanizzazione delle loro comunità attraverso la diffusione del modello urbano romano e dei relativi costumi e idee, garantito loro un avanzamento sul piano dei benefici giuridici e un maggior benessere generale. Avrebbero in fin dei conti fatto uscire persino dalla marginalità periferica la loro comunità. In più, questione nient'affatto trascurabile, avrebbero garantito ordine. Non c'è dubbio che l'obiettivo di trasformare la potenza in ordine abbia costituito la cifra più alta e qualificante dell'azione augustea, la pietra angolare su cui costruire un nuovo e complesso edificio istituzionale adeguato alla massa critica di un impero sterminato che richiedeva un nuovo ordine mondiale. Insomma, un obiettivo del tutto diverso da quell'allontanamento delle comunità locali e periferiche che si potrebbe a prima vista pensare, e finalizzato invece a una piena integrazione e partecipazione di *élites* e popolo, naturalmente secondo lo stato e i canoni del tempo. Augusto mise in pratica questa linea politica con alcuni provvedimenti, di cui è sopravvissuta fortunatamente la documentazione epigrafica, come il III Editto ai Cirenei<sup>39</sup> e l'Editto di *Rhosos*, con i quali concedeva appunto la cittadinanza romana alle *élites* locali, consentendo al tempo stesso di restare integrati nelle loro comunità, e, così, permettendo loro di avvalersi di nuclei normativi distinti e di tribunali diversi<sup>40</sup>.

Certo, potrebbe obiettarsi che l'esperienza augustea guardasse ai notabili più importanti di tutte le province, secondo il consiglio di Mecenate. Sembrerebbe, insomma, una testimonianza di disprezzo e di lontananza rispetto alle periferie, attenta alle *élites*, quindi orientata in direzione contraria al problema, ma la contraddizione è soltanto apparente, o almeno non lo è per quei tempi e in quel contesto. In realtà, l'impianto ideologico, poi alla base delle trasformazioni politico-istituzionali e amministrative, seguiva l'efficace linea strategica, suggerita dall'abile e raffinato consigliere, di costruzione del consenso attraverso l'attrazione nell'orbita del principe della migliore aristocrazia locale, delle classi possidenti delle città di Occidente e Oriente, come

<sup>38</sup> A. BARICCO, *The Game*, Torino 2018; *The Game Unplugged*, Torino 2019. Ma si veda anche TH. HYLLAND ERIKSEN, *Fuori controllo. Un'antropologia del cambiamento accelerato*, Torino 2017; F. FUKUYAMA, *Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi*, Milano 2019; CH. GUILLUY, *La società non esiste. La fine della classe media occidentale*, Roma 2019.

<sup>39</sup> G. PURPURA, *Edicta Augusti ad Cyrenenses (6/4 a. C.)*, in AA.VV., *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges* (a cura di G. Purpura), Torino 2012, 433 ss., *praecipue* 444 ss.

<sup>40</sup> A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos. Cittadinanza e privilegi nell'Oriente greco in età tardo-repubblicana*, Pisa 2006, 94 ss.; O. LICANDRO, *Doppio domicilio e doppia cittadinanza*, cit., 168 ss.

volano di sviluppo e, in definitiva, di accelerazione del processo di romanizzazione. L'emersione, dopo il secolo tragico delle guerre civili, di nuovi ceti possidenti disponibili a 'scambiare' fedeltà con pace e benessere produsse la formazione di una sorta di omogeneo notabilato mediterraneo sicuramente il principale beneficiario della crescita romana ma anche in grado di permettere in qualche misura una distribuzione di ricchezza, con fenomeni di 'delocalizzazioni' di attività produttive dall'Italia alle province<sup>41</sup>, e persino con incontestabili effetti benefici pure sui ceti meno abbienti. Perché nello spazio urbano, serbatoio e vivaio di saperi, competenze amministrative e politiche, depositi di ricchezze e propulsori economici, non vi erano solo élites ma si addensavano larghi ceti medi che appunto vivevano, aderendovi ideologicamente, secondo quel modello organizzativo politico ed economico urbano.

Fu, appunto, inscindibile e biunivoco il nesso tra consenso e integrazione: non si aveva consenso se non si realizzava integrazione. Tale nesso fu declinato attraverso il modello urbano ed emerse grazie a un lungo e non sempre lineare processo di maturazione politica, e per la verità non del tutto attribuibile ad Augusto, come ci consente di osservare la documentazione sopravvissuta: si veda, ad esempio, quanto scritto da Cicerone a Quinto a proposito del suo proconsolato d'Asia (Cic. *ad Quint. fr.* 1, 1, 27). Ma ben oltre Cicerone, è indubbio il merito dell'azione augustea di consolidare quel nesso, anzi di assumerlo come strumento per plasmare la nuova *res publica* nelle forme dello 'stato municipale', per usare una felice espressione di Emilio Gabba<sup>42</sup>, rimodulata con altrettanta efficacia in 'impero municipale' da Luigi Capogrossi Colognesi<sup>43</sup>, quale trama sempre più complessa di relazioni tra centro e periferie improntata a un sistema di *municipia* e *coloniae*, a cominciare dall'Italia come si evince già da *RGDA* 21, 3<sup>44</sup>. Nella biografia augustea di Svetonio vi è un'annotazione preziosa: Augusto, dopo aver riordinato Roma e la sua amministrazione, fondò 28 colonie prevedendo per i *decuriones* il privilegio di una sorta di 'voto a distanza', cioè la possibilità di partecipare alle elezioni dei magistrati, pur restando nella propria città e inviando le *tabellae* elettorali il giorno di convocazione dei comizi elettorali<sup>45</sup>. Non conosciamo del tutto questo meccanismo di voto, un'ipotesi convincente è quella proposta da Claude Nicolet<sup>46</sup>, ma ciò che interessa è che la città assurge sempre a protagonista nella visione augustea. Nella città, territorio della politica e motore dell'economia, «luogo preferenziale per lo svolgimento dei diritti e dei doveri della nuova vita associata»<sup>47</sup>, si affinavano forme e

<sup>41</sup> In tal senso E. LO CASCIO, *Forme dell'economia imperiale*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo* (dir. A. Schiavone), Torino 1991, 358 ss. Si legga pure ID., *La "New Institutional Economics" e l'economia imperiale romana*, in AA.VV., *Storia romana e storia moderna. Fasi in prospettiva* (a cura di M. Pani), Bari 2005, 313 ss.; ID., *The Early Roman Empire: the State and the Economy*, in AA.VV., *The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World* (ed. W. Scheidel, I. Morris, R. Saller), Cambridge 2007, 619 ss.

<sup>42</sup> E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. I. La repubblica imperiale* (dir. A. Schiavone), Torino 1990, 697 ss. Ma si vedano anche gli studi dedicati al tema, contenuti in due raccolte, di U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001; ID., *Colonie e municipi nello Stato romano*, Roma 2007.

<sup>43</sup> L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La genesi dell'impero municipale*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 18 (2004) 243 ss. [= in ID., *Scritti scelti*, II, Napoli 2010, 939 ss.].

<sup>44</sup> E. GABBA, *L'impero di Augusto*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo* (dir. A. Schiavone), Torino 1991, 26 s.; vedi anche ID., *La rifondazione di Salapia*, in *Athenaeum* 71 (1983) 514 ss.; ID., *Le città italiche del I sec. a.C. e la politica*, in *RSI* 98 (1986) 653 ss.; ID., *Municipium Augustum Veiens*, in *Athenaeum* 86 (1988) 203 s.; ID., *I municipi e l'Italia augustea*, in AA.VV., *Continuità e trasformazioni fra repubblica e impero. Istituzioni, politica, società*, Bari 1991, 69-82; poi in *Italia romana*, Como 1994, 133-143.

<sup>45</sup> Svet. *Aug.* 46, 1: *Ad hunc modum urbe urbanisque rebus administratis Italiam duodetriginta coloniarum numero eductarum a se frequentavit operibusque ac vectigalibus publicis plurifariam instruxit, etiam iure ac dignatione urbi quodam modo pro parte aliqua adeaquavit excogitato genere suffragiorum, quae de magistratibus urbicis decuriones colonici in sua quisque colonia ferrent et sub die comitorum obsignata Romam mitterent.*

<sup>46</sup> C. NICOLET, *L'inventario del mondo*, cit., 240 ss.

<sup>47</sup> E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, cit., 709.

strumenti di inquadramento e di amministrazione: catastazioni, censimenti, collocazione dei cittadini nelle classi di censo, registri di cittadini e non, o di particolari categorie<sup>48</sup>.

Tutto ciò fu uno dei lasciti più importanti del *princeps*, raccolto più o meno costantemente dai suoi successori, di cui è significativo il celebre discorso di Claudio per la *lectio senatus* di alcuni notabili della *Gallia Comata* (Tac. *ann.* 11, 23-25; *CIL* XIII, 1668 = *ILS* 212 = *FIRA* I, 43)<sup>49</sup>. Nessuno dubita che uno dei tratti fondamentali e costanti della *civilitas* romana consistette proprio «nella fondazione e nell'incremento di centri cittadini»<sup>50</sup>. Persino in quel tornante di profonda svolta della storia imperiale interpretata dalla dinastia severiana (in particolar modo da Settimio Severo), troviamo solida conferma della stretta continuità della linea politica con quella augustea, messa in atto in particolare nel riordinamento dei territori nordafricani<sup>51</sup>. Non mi riferisco tanto alla creazione della nuova provincia di Numidia, quanto all'accrescimento e all'arricchimento urbanistico delle città esistenti, la concessione di statuti municipali e coloniali e dello *ius Italicum* a nuovi centri, quali fattori principali di sviluppo economico e demografico<sup>52</sup>.

Se un'iscrizione di *Thugga* del 313 d.C. celebrava Costantino come *restitutor urbium* (*AE* 2003, n. 2014)<sup>53</sup>, altrettanto significativa è l'ideologia della città espressa in un'iscrizione del III secolo d.C. di *Tymandus* nell'autocelebrazione di un imperatore autore dell'accrescimento del numero e del prestigio delle città:

*ILS* 6090, ll. 8-15 (*FIRA* I, 92): *Cum itaque ingenitum nobis / sit, ut per universum orbem nostrum civitatum honor ac numerus augeatur eos/que eximie cupere videamus, ut civitatis / nomen honestatemque percipiant, isdem / maxime pollicentibus, quod apud se decurionum sufficiens futura sit copia, cre/didimus advendum*<sup>54</sup>.

<sup>48</sup> Interessante la notizia del *commentarius civitate Romana donatorum* contenuta nel *diploma AE* 1999, n. 1250, ll. 3-10: *Descriptum et recognitum ex petitione rescripta diplomati id quod infra scriptum est: Descriptum et recognitum ex commentario civitate donatorum divi Augusti et Tiberii Caesaris Augusti et C. Caesaris et divi Claudii et Neronis et Galbae et divorum Augustorum Vespasianorum et Titi et Caesaris Domitiani et divorum Augustorum Nervae et Traiani Parthici et Traiani Hadriani Antonini Pii* (su cui vedi R. FREI-STOLBA, H. LIEB, *Un diplôme civil: le fragment de Carnuntum*, in *ZPE* 143 [2003] 243 ss.; da ultimo V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti cittadini. La Tabula Banasitana e le linee 7-9 del Papiro di Giessen 40 col. I*, in *AG* 236 [2016] 471 s.). Cfr. *ILMaroc* 94, ll. 22. In generale, vedi O. BEHREND, *Die Rechtsregeln der Militärdiplome und das die Soldaten des Prinzipats treffende Eheverbot*, in *AA.VV.*, *Heer und Integrationspolitik* (hrsg. W. Eck, H. Wolff), Köln-Wien 1986, 123 ss.

<sup>49</sup> Altrettanto sterminata è la letteratura sulla Tavola di Lione, per cui mi limito ai seguenti scritti e da essi risalire ad ulteriore bibliografia: PH. FABIA, *La Table Claudienne de Lyon*, Lyon 1929; P. SAGE, *La Table claudienne et le style de l'empereur Claude: essai de réhabilitation*, in *REL* 58 (1980) 274 ss.; P. BUONGIORNO, *Senatus consulta Claudiana temporibus facta. Una palingenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 261 ss.; R. TURCAN, *Claude de Lyon: un précurseur*, in *BIDR* 107 (2013) 21 ss.

<sup>50</sup> Così S. MAZZARINO, *L'Impero romano*, II, Roma-Bari 1988, 754; vedi anche M. FELICI, *Profili storico-giuridici del pluralismo cittadino in Roma antica*, Roma 2013, 51 ss. Per altri aspetti si legga F.P. CASAVOLA, *Il concetto di "Urbs Roma"*; *giuristi e imperatori romani*, in *Labeo* 38 (1992) 20 ss. [= in *Id.*, *Sententia legum tra mondo antico e moderno. I. Diritto romano*, Napoli 2000, 355 ss.].

<sup>51</sup> In particolare vedi O.D. CORDOVANA, *Segni e immagini del potere tra antico e tardoantico. I Severi e la provincia Africa proconsularis*, Catania 2007; G. POMA, *Nota su CIL, VIII, 9228: populis novis ex Africa inlatis*, in *AA.VV.*, *Roma e i "diversi". Confini geografici, barriere culturali, distinzioni di genere nelle fonti letterarie ed epigrafiche fra età repubblicana e Tarda Antichità*, a cura di C. Giuffrida, M. Cassia e G. Arena, Milano 2018, 26 ss.

<sup>52</sup> Troppo ideologicamente schematica è la visione di M.I. ROSTOVITZ, *Le classi rurali e le classi cittadine nell'Alto impero*, in *Id.*, *Per la storia economica e sociale del mondo ellenistico e romano. Saggi scelti*, a cura di T. Gnoli e J. Thornton, Catania 1995, 167 ss., nel leggere le riforme severiane nella chiave dell'antagonismo tra borghesia e contadini.

<sup>53</sup> M. FELICI, *Profili storico-giuridici del pluralismo cittadino in Roma antica*, Roma 2013, 83 ss.; in generale vedi anche G.A. CECCONI, *La città e l'impero. Una storia del mondo romano dalle origini a Teodosio il Grande*, Roma 2012, 285 ss.

<sup>54</sup> «Poiché ci è congenito desiderare per tutto il nostro ecumene l'accrescimento del prestigio e del numero delle città e poiché vediamo che costoro [gli abitanti di *Tymandus* in Pisidia] desiderano nobilmente di ottenere il nome e la dignità di città, e dal momento che gli stessi assicurano che avranno una quantità di decurioni locali, abbiamo deciso di risponderne positivamente».

\* \* \*

Ad ogni modo, l'età felice dell'impero del II secolo d.C. – tale prevalentemente per le classi elevate, per i ricchi, per gli intellettuali cui veniva assicurata da sovrani tolleranti la libertà d'opinione<sup>55</sup>, mentre lo fu meno per le classi inferiori – era destinata a dissolversi presto. La fine traumatica dei Severi fece cadere la patina dorata che tanto fascino ha esercitato anche sui moderni, per far affiorare prepotentemente l'*iceberg* della degenerazione politica di un impero in corsa verso la profonda frattura tra ceti che si sarebbe presto consumata con tutta la sua portata deflagrante: corruzione, cinismo, sete di ricchezza delle classi dirigenti centrali e locali, privatizzazione delle strutture imperiali e del patrimonio pubblico, forti spinte corporative determinarono una divaricazione sociale e culturale sempre più ampia tra classi superiori e ceti popolari, e ancor più accentuata dalle masse rurali. La separatezza fu ulteriormente aggravata dallo sgretolamento della severità e della sobrietà, virtù secolari della nobiltà centrale alla testa di Roma e di quelle locali delle comunità cittadine, cagionato da poderose trasformazioni economiche e sociali.

Il grande latifondo, attestatosi nella *villa*, assunse progressivamente altre fattezze per delineare una nuova, diversa entità. Alla funzione principale di produzione economica della *villa* romana si affiancava quella della sicurezza e difesa del territorio declinato in un'ottica autarchica (o di autonomia) in stretto rapporto con il disimpegno politico dell'aristocrazia senatoria terriera (ripiegata sulla cura della rendita fondiaria e sempre più lontana dalla tradizionale ideologia del bene comune), quali aspetti peculiari di una embrionale morfologia feudale di un'incipiente economia curtense<sup>56</sup>. Tutti fenomeni *in nuce* ma rispetto ai quali nulla servì, se non forse soltanto a rinviare di poco la crisi, la concessione generale della cittadinanza romana con la *constitutio antoniniana* del 212 d.C., da cui restarono però escluse appunto le comunità non urbane e ingenti masse rurali<sup>57</sup>. E proprio qui stava il problema destinato ad aggravarsi. L'eredità augustea restava sul tappeto ma non più raccolta. E allora si cominciò a guardare all'impero in maniera diversa, non più come alla casa comune, non più al luogo dell'identità e della sicurezza, ma a scorgervi un'entità lontana, ostile, vessatoria, persino nemica. Un sentimento collettivo tanto più aggressivo quanto distante era la percezione del potere imperiale che, a differenza di quanto accadeva in Oriente, nei territori occidentali appunto andava frantumandosi.

<sup>55</sup> Così Nicola Palazzolo, in O. LICANDRO – N. PALAZZOLO, Roma e le sue istituzioni dalle origini a Giustiniano, Torino 2019, 237, che sottolinea come quel «secolo di pace [...] ebbe il suo contrappeso in un quasi totale immobilismo nella vita politica, sociale e culturale, che raggiunse l'acme durante il principato di Antonino Pio».

<sup>56</sup> Sui profondi cambiamenti della Tarda Antichità si rinvia a P. ANDERSON, *Dall'antichità al feudalesimo*, Milano 1978; AA.VV., *Società romana e impero tardoantico. I. Istituzioni, ceti, economie*, a cura di A. Giardina, Roma-Bari 1986; F. DE MARTINO, *Uomini e terre in Occidente. Tra tardo antico e medioevo*, Napoli 1988.

<sup>57</sup> Nonostante l'ingente letteratura, credo ancora meritevole di riflessione il tema attualissimo della cittadinanza e della sua concessione universale, su cui vedi il mio recente contributo *Doppio domicilio e doppia cittadinanza. Strumenti di governo ed egemonia politica tra 'leges' e 'prudentes' nell'età repubblicana*, in *AUPA* 61 (2018) 145 ss. (seguito di un itinerario di ricerca in corso). In generale, limitandomi alla bibliografia più recente, si legga T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in AA.VV., *Storia di Roma. III. L'età tardoantica. I. Crisi e trasformazioni*, dir. A. Schiavone, Torino 1993, 5 ss.; ID., *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli 1996; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino 2009, 101 ss.; ID., *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in *IAH* 5 (2013) 53 ss.; ID., *Egizi e cittadinanza romana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 1 (2014) 1 ss.; ID., *Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti cittadini*, cit., 461 ss.; G. PURPURA, *Constitutio Antoniniana de civitate*, in AA.VV., *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusuliniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges* (a cura di G. Purpura), Torino 2012, 695 ss.; ID., *Il P. Giss. 40, I*, in *IAH* 5 (2013) 73 ss.; A. TORRENT, *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I*, Madrid 2012; C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli 2013; A. MASTINO, *Constitutio Antoniniana: la politica della cittadinanza di un imperatore africano*, in *BIDR* 107 (2013) 37 ss.; A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *Koinonia* 38 (2014) 279 ss.

In questo confuso e fluido contesto, quel grande corpo sociale fatto di decurioni, piccoli e medi contadini, artigiani, commercianti, militari (oggi ne parleremmo in termini di classe media) in quei territori di fondamentale importanza dell'impero e maggiormente aggrediti dalla crisi e dall'insicurezza sociale, si frammentava, si polverizzava e conseguentemente sbiadiva il senso di sé, della propria appartenenza all'impero, tanto da far credere, a un certo punto, del tutto disperso, smarrito il sentimento comune, quel sentimento collettivo di orgogliosa identità efficacemente sintetizzato da Erodiano per cui «Roma è dove si trova l'imperatore» (Herod. 1.6.5)<sup>58</sup>. Non tardarono così a scoppiare, sempre più frequentemente, rivolte come quella dei *Bacaudae* (contadini celtico-romani autori di rilevanti sollevazioni) in una terra importante e florida, comunque strategica per l'impero, come la Gallia.

Simili fenomeni insurrezionali però abbandonarono presto il loro tratto di episodicità e di valenza locale, per innestarsi in processi ancor più ampi avviati da gravi focolai di tendenze separatiste, non solo espressione di forme illegittime del potere e del suo esercizio, ma anche foriere di un fenomeno di disgregazione dell'impero.

Per avere un'idea della caotica frammentarietà del quadro politico e istituzionale basti ricordare uno dei casi tra i più eclatanti e interessanti dei secoli tardoantichi, denso di gravi pericoli per la vita dell'impero: l'usurpazione di Postumo e della costituzione, per quanto di breve durata, del suo singolare *Imperium Galliarum*. Il fenomeno secessionista, che aveva al proprio interno altri elementi peculiari appunto come i *Bacaudae*, coprì circa un quindicennio (260-274 d.C.) e, dopo Postumo, vide avvicinarsi, come figure altrettanto effimere di imperatori delle Gallie, dapprima Mario, poi Vittorino, e infine Tetrico. L'inquietante parentesi gallica costituiti in effetti un vero pericolo per la tenuta dell'Occidente imperiale: per quanto di portata macroregionale, quell'esperienza secessionista interessò dapprima le Gallie ma presto si estese, contaminando Spagna e Britannia. A tutto ciò si aggiungeva la gestione della 'questione Barbari' – tra accoglienza (strumentale a fini di difesa militare) e contrasto, versanti ideologici lungo i quali si divideva profondamente l'opinione pubblica – che in larghi strati della popolazione dell'impero produceva sentimenti di ostilità per una percezione di insicurezza e pericolo da essa determinata. Insomma, l'impero sembrava davvero sul punto di cedere.

## CONCLUSIONE

Oggi, nella formidabile e infuocata temperie mondiale che ci attraversa, con l'ansia trascinante, e spesso strumentale, di sicurezza, sollevata da retribuite pulsioni nazionaliste definite da una suadente semantica espressioni di un'impellenza di 'populismo' o 'sovranismo' non è inutile continuare a riflettere, andando indietro nel tempo, e comprendere se e come analoghi problemi della pressante contemporaneità furono assunti e affrontati in quella straordinaria esperienza giuridica la cui eredità oggi è prezioso patrimonio della cultura europea. Non c'è nessun tentativo, cosa che apparirebbe quantomeno stravagante, di proporre la ricetta augustea ai problemi della nostra attualità, ma semmai sottolineare che i problemi fondamentali dell'uomo, per quanto possano mutare nella forma, restano gli stessi o assai simili e alla cui soluzione dovranno provvedere la politica e la scienza giuridica fino a quando saranno potenti e occuperanno un posto centrale nel governo e, più in generale, nell'esistenza umana. È questo piuttosto l'insegnamento da trarre dalle scienze storiche e dunque dalla storia del diritto, oggi sotto attacco, e da trasmettere alle nuove generazioni di studenti e studiosi, affermandone appunto la somma 'utilità' per le stesse

<sup>58</sup> Sul punto L. MECCELLA, *Tra centro e periferia: πόλεμοι e ἀποστάσεις durante il regno di Massimino il Trace*, in AA.VV., *Erodiano tra crisi e trasformazioni* (a cura di A. Galimberti), Roma 2017, 187 ss.

scienze giuridiche in generale, anch'esse oggi messe a repentaglio da quella che non può che definirsi un'autentica 'età di ferro' dell'ideologia tecnocratica e tecnologica.

In conclusione: sovranità popolare, legge, valori etici, selezione della classe dirigente su merito e virtù, saperi, diritto, identità e cittadinanza, strumenti di governo, pluralismo normativo, furono tutti ingredienti della 'vicenda' politica e istituzionale dell'esperienza statale e giuridica di Roma; una lezione da cui possiamo ancora oggi utili trarre indicazioni ma di cui, purtroppo, la nostra Vecchia Europa rischia di perdere la memoria. E purtroppo, proprio in tempi di crisi formidabili, che recano in sé anche una crisi, forse irreversibile, del modello occidentale di democrazia, appare quasi come un conforto, se non un auspicio o fors'anche un relitto a cui aggrapparsi, una stilla pura di pensiero del *Geist* di Rudolph von Jhering: «*Nessuna cosa veramente grande perisce in questo mondo*»<sup>59</sup>.

## RIFERIMENTI

- AA.VV., **Ovidio. Amori, miti e altre storie**, Roma 2018.
- AA.VV., **Società romana e impero tardoantico. I. Istituzioni, ceti, economie**, a cura di A. Giardina, Roma-Bari 1986.
- P. ANDERSON, **Dall'antichità al feudalesimo**, Milano 1978.
- A. BANCALARI MOLINA, **Orbe Romano e Imperio Global. La Romanización desde Augusto to Caracalla**, Santiago, 2007.
- S. BARBATI, **Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Lurashi**, 175 ss.
- A. BARICCO, **The Game**, Torino 2018.
- A. BARICCO, **The Game Unplugged**, Torino 2019.
- O. BEHREND, Die Rechtsregeln der Militärdiplome und das die Soldaten des Prinzipats tref-fende Eheverbot, in AA.VV., **Heer und Integrationspolitik** (hrsg. W. Eck, H. Wolff), Köln-Wien 1986, 123 ss.
- P. BUONGIORNO, **Ateii Capitones**, in **Iura** 59 (2011) 195 ss.
- P. BUONGIORNO, **Senatus consulta Claudianus temporibus facta. Una palingenesi delle de-liberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)**, Napoli 2010.
- P. BUONGIORNO, C. Ateius Capito. Appunti per una biografia politica, in **Scritti per A. Corbino** (a cura di I. Piro), I, Tricase (LE) 2016, 413 ss.
- L. CAPOGROSSI COLOGNESI, A Provocation, in **Rivista di Storia Economica** 25 (2009) 421 ss.
- L. CAPOGROSSI COLOGNESI, La genesi dell'impero municipale, in **Roma e America. Diritto romano comune** 18 (2004) 243 ss.
- L. CAPOGROSSI COLOGNESI, **Padroni e contadini nell'Italia repubblicana**, Roma 2012.
- F.P. CASAVOLA, Il concetto di "Urbs Roma"; giuristi e imperatori romani, in **Labeo** 38 (1992) 20 ss.

---

<sup>59</sup> R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, Leipzig 1907, 13.

G.A. CECCONI, **La città e l'impero. Una storia del mondo romano dalle origini a Teodosio il Grande**, Roma 2012.

P. CERAMI – M. MICELI, **Storicità del diritto. Strutture costituzionali, Fonti, Codici. Prospettive romane e moderne**, Torino 2018, 64 ss.

P. CERAMI – A. PETRUCCI, **Diritto commerciale romano. Profilo storico**, Torino 2010.

C. CORBO, **Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio**, Napoli 2013.

O.D. CORDOVANA, I Severi, in AA.VV., **Roma universalis. L'impero e la dinastia venuta dall'Africa**, Milano 2018, 36 (catalogo della mostra).

O.D. CORDOVANA, **Segni e immagini del potere tra antico e tardoantico. I Severi e la provincia Africa proconsularis**, Catania 2007.

F. DE MARTINO, **Storia economica di Roma antica**, II, Firenze 1979.

F. DE MARTINO, **Uomini e terre in Occidente. Tra tardo antico e medioevo**, Napoli 1988.

ELIO ARISTIDE, **A Roma** (traduzione e commento a cura di F. Fontanella, introduzione di P. Desideri), Pisa 2007.

PH. FABIA, **La Table Claudienne de Lyon**, Lyon 1929.

M. FELICI, **Profili storico-giuridici del pluralismo cittadino in Roma antica**, Roma 2013.

R. FREI-STOLBA, H. LIEB, Un diplôme civil: le fragment de Carnuntum, in **ZPE** 143 [2003] 243 ss.

F. FUKUYAMA, **Identità. La ricerca della dignità e i nuovi populismi**, Milano 2019.

L. GAGLIARDI, Osservazioni in tema di domicilio degli incolae. La distinzione tra incolae di città e incolae di campagna, in AA.VV., **Gli Statuti Municipali** (a cura di L. Capogrossi Colognesi, E. Gabba), Pavia 2006, 647 ss.

E. GABBA, Dallo stato-città allo stato municipale, in AA.VV., **Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. I. La repubblica imperiale** (dir. A. Schiavone), Torino 1990, 697 ss.

E. GABBA, I municipi e l'Italia augustea, in AA.VV., **Continuità e trasformazioni fra repubblica e impero. Istituzioni, politica, società**, Bari 1991, 69-82.

E. GABBA, La rifondazione di Salapia, in **Athenaeum** 71 (1983) 514 ss.

E. GABBA, Le città italiche del I sec. a.C. e la politica, in **RSI** 98 (1986) 653 ss.

E. GABBA, L'impero di Augusto, in AA.VV., **Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo** (dir. A. Schiavone), Torino 1991, 26 s.

E. GABBA, Municipium Augustum Veiens, in **Athenaeum** 86 (1988) 203 s.

F GHEDINI, **Il poeta del mito. Ovidio e il suo tempo**, Roma 2018.

C. GIACHI, La Tabula Banasitana: cittadini e cittadinanza ai confini dell'Impero, in AA.VV., **Civis/Civitas, Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna**. Atti del Seminario internazionale di Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008 (a cura di C. Tristano, S. Allegria), Montepulciano (SI) 2009, 17 ss.

V. GIUFFRÈ, La struttura politico-costituzionale e il territorio, in AA.VV., **Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero**. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 5-8 giugno 2002 (a cura di F. Milazzo), Soveria Mannelli 2010, 26.

CH. GUILLUY, **La società non esiste. La fine della classe media occidentale**, Roma 2019.

R. HINGLEY, **Globalizing Roman Culture. Diversity and Empire**, London-New York 2005.

TH. HYLLAND ERIKSEN, **Fuori controllo. Un'antropologia del cambiamento accelerato**, Torino 2017.

N. IRTI, **Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto**, Roma-Bari 2002.

R.B. HITCHNER, **The First Globalization. The Roman Empire and Its Legacy in the 21st Century**, Oxford 2007.

U. LAFFI, **Studi di storia romana e di diritto**, Roma 2001.

U. LAFFI, **Colonie e municipi nello Stato romano**, Roma 2007.

F. LAMBERTI, «**Tabulae Irnitanae**». «**Municipalità**» e «**Ius Romanorum**», Napoli 1993.

O. LATTIMORE, **La frontiera. Popoli ed imperialismi alla frontiera tra Cina e Russia**, Torino 1970.

A.S. LEWIN, **Popoli, terre, frontiere dell'Impero romano. Il vicino Oriente nella tarda antichità. I: Il problema militare**, Catania 2008.

O. LICANDRO, **Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici**, Torino 2018.

O. LICANDRO, **Cicerone alla corte di Giustiniano. "Dialogo sulla scienza politica" (Vat. gr. 1298). Concezioni e dibattito sulle formae rei publicae nell'età dell'assolutismo imperiale**, Roma, 2017.

O LICANDRO, Dalla lex Claudia de quaestu senatorum alle leges repetundarum ovvero del conflitto di interessi nell'antica Roma, in **Fides Humanitas Ius. Studii in onore di L. Labruna**, IV, Napoli 2007, 2815 ss.

O. LICANDRO, Domicilium e incolae tra repubblica e principato, in AA.VV., **Étrangers dans la cité romaine. «"Habiter une patrie": des incolae de la République aux peuples fédérés du Bas-Empire»**. **Actes du Colloque de Valenciennes** (14-15 octobre 2005), Rennes 2007, 66 ss.

O LICANDRO, Doppio domicilio e doppia cittadinanza. Strumenti di governo ed egemonia politica tra 'leges' e 'prudentes' nell'età repubblicana, in **AUPA** 61 (2018) 145 ss.

O LICANDRO, Pomponio e L'incola. Osservazioni su D. 50.16.239.2 (Pomp. l. sing. ench.) alla luce di Lex Urs. cap. 98 e Lex Irn. cap. 83, in fil...a. **Scritti per Gennaro Franciosi**, a cura di F.M. D'Ippolito, II, Napoli 2007, 1381 ss.

O. LICANDRO – N. PALAZZOLO, **Roma e le sue istituzioni dalle origini a Giustiniano**, Torino 2019.

E. LO CASCIO, Forme dell'economia imperiale, in AA.VV., **Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo** (dir. A. Schiavone), Torino 1991, 358 ss.

E. LO CASCIO, La "New Institutional Economics" e l'economia imperiale romana, in AA.VV., **Storia romana e storia moderna. Fasi in prospettiva** (a cura di M. Pani), Bari 2005, 313 ss.

E. LO CASCIO, L'economia imperiale e la svolta augustea, in AA.VV., **Augusto e la costruzione del principato**. Atti del Convegno (Roma, 4-5 dicembre 2014), Roma 2017, 327 ss.

- E. LO CASCIO, Roma come «mercato comune del genere umano», in AA.VV., **Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma**, a cura di P. Desideri e F. Fontanella, Bologna 2013, 193.
- E. LO CASCIO, The Early Roman Empire: the State and the Economy, in AA.VV., **The Cambridge Economic History of the Greco-Roman World** (ed. W. Scheidel, I. Morris, R. Saller), Cambridge 2007, 619 ss.
- G. LURASCHI, **Foedus Ius Latii Civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadania**, Padova 1979.
- V. MAROTTA, Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti cittadini. La Tabula Banasitana e le linee 7-9 del Papiro di Giessen 40 col. I, in **AG** 236 [2016] 461 s.
- V. MAROTTA, Egizi e cittadinanza romana, in **Cultura giuridica e diritto vivente** 1 (2014) 1 ss.
- V. MAROTTA, **La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi**, Torino 2009.
- V. MAROTTA, Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale, in **IAH** 5 (2013) 53 ss.;
- A. MASTINO, Constitutio Antoniniana: la politica della cittadinanza di un imperatore africano, in **BIDR** 107 (2013) 37 ss.
- M. MAZZA, Identità etniche e culture locali sulla frontiera dell'Eufrate (II-IV sec. d.C.). Uno studio sui contatti culturali, in ID., **Cultura guerra e diplomazia nella Tarda Antichità. Tre studi**, Catania 2005, 13 ss.
- S. MAZZARINO, **L'Impero romano**, II, Roma-Bari 1988.
- L. MECCELLA, Tra centro e periferia: πόλεμοι e ἀποστάσεις durante il regno di Massimino il Trace, in AA.VV., **Erodiano tra crisi e trasformazioni** (a cura di A. Galimberti), Roma 2017, 187 ss.
- M. MICELI, 'Governo misto', quartum genus rei publicae e separazione dei poteri, in AA.VV., **Tradizione romanistica e Costituzione** (dir. L. Labruna – a cura di M.P. Baccari e C. Cascione), I.1, Napoli 2006, 659 ss.
- E. MIGLIARIO, Gentes foederatae. Per una riconsiderazione dei rapporti romano-berberi in Mauritania Tingitana, in **RAL** 10 (1999) 427 ss.
- C. NICOLET, **L'inventario del mondo. Geografia e politica alle origini dell'impero romano**, Roma-Bari 1989.
- A. PALMA, Note in tema di cittadinanza romana e sovranità, in **Koinonia** 38 (2014) 279 ss.
- G. POMA, Nota su CIL, VIII, 9228: populis novis ex Africa inlatis, in AA.VV., **Roma e i 'diversi'. Confini geografici, barriere culturali, distinzioni di genere nelle fonti letterarie ed epigrafiche fra età repubblicana e Tarda Antichità**, a cura di C. Giuffrida, M. Cassia e G. Arena, Milano 2018, 26 ss.
- G. PURPURA, Constitutio Antoniniana de civitate, in AA.VV., **Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges** (a cura di G. Purpura), Torino 2012, 695 ss.

G. PURPURA, *Edicta Augusti ad Cyrenenses (6/4 a.C.)*, in AA.VV., **Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges** (a cura di G. Purpura), Torino 2012, 433 ss.

G. PURPURA, *Il P. Giss. 40, I*, in **IAH** 5 (2013) 73 ss.

A. RAGGI, **Seleuco di Rhosos. Cittadinanza e privilegi nell'Oriente greco in età tardo-repubblicana**, Pisa 2006.

S. RODA, *Imperium sine fine e i confini dell'Impero tra ideologia, propaganda e Realpolitik*, in AA.VV., **Roma e i 'diversi'. Confini geografici, barriere culturali, distinzioni di genere nelle fonti letterarie ed epigrafiche fra età repubblicana e Tarda Antichità**, a cura di C. Giuffrida, M. Cassia e G. Arena, Milano 2018, 73 ss.

S. RONCATI, *Caio Ateio Capitone e i Coniectanea (Studi su Capitone, I)*, in **SDHI** 71 (2005) 271 ss.

M.I. ROSTOVITZ, *Le classi rurali e le classi cittadine nell'Alto impero*, in ID., **Per la storia economica e sociale del mondo ellenistico e romano. Saggi scelti**, a cura di T. Gnoli e J. Thornton, Catania 1995, 167 ss.

M. ROSTOVZEV, **Storia economica e sociale dell'impero romano**, Firenze 1980.

F. RUSSO, **L'odium regni a Roma tra realtà politica e finzione storiografica**, Pisa, 2015.

P. SAGE, *La Table claudienne et le style de l'empereur Claude: essai de réhabilitation*, in **REL** 58 (1980) 274 ss.

A. SCHIAVONE, **La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno**, Roma-Bari 2002.

C. SCHMITT, **Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»**, Milano 1991.

T. SPAGNUOLO VIGORITA, **Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano**, Napoli 1996.

T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in AA.VV., **Storia di Roma. III. L'età tardoantica. I. Crisi e trasformazioni**, dir. A. Schiavone, Torino 1993.

E. STOLFI, *'Plurima innovare instituit'. Spunti esegetici intorno al confronto tra Labeone e Capitone in D. 1.2.2.47 (Pomp lib. Sing. ench.)*, in **Studi per G. Nicosia**, VIII, Milano 2007, 57 ss.

A. TORRENT, **La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I**, Madrid 2012.

R. TURCAN, *Claude de Lyon: un précurseur*, in **BIDR** 107 (2013) 21 ss.

F.J. TURNER, **La frontiera nella storia americana**, Bologna 1975.

O. VEYNE, **L'Impero greco romano. Le radici del mondo globale**, Milano 2007.

E. VOLTERRA, *La Tabula Banasitana. A proposito di una recente pubblicazione*, in **BIDR** 77 (1974) 407 ss.

R. VON JHERING, **Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung**, I, Leipzig 1907.

J.B. WARD-PERKINS, *Frontiere politiche e frontiere culturali*, in AA.VV., **La Persia e il mondo romano**, Accademia dei Lincei, Quaderno 76, Roma 1966, 395 ss..

M. WEBER, **Economia e società. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. La città** (a cura di W. Nippel), Roma 2003.

G. ZECCHINI, **Polibio. La solitudine dello storico**, Roma 2018.

F. ZUCCOTTI, **Sacramentum civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano**, Milano 2016.

Recebido em: 16 mar. 2020.

Aceito em: 28 abr. 2020.