

REVISTA JURÍDICA

LOGOS

© 2015 Faculdade Damásio

Damásio de Jesus
Chanceler

Marco Antonio Araujo Junior
Diretor-Geral da Faculdade Damásio

Thais Barbosa Reis
Coordenadora-Acadêmica da Faculdade Damásio

George Niaradi
Coordenador de Projetos Institucionais

Revista Jurídica Logos
Publicação Anual da Faculdade Damásio

Conselho Editorial

Marco Antonio Araujo Junior

Thais Barbosa Reis

Pedro Henrique Regazzo

Cinthyá Nunes

Fábio Nunes

Eduardo Iamundo

Pietro Dellova

Roberto Caruso Costabilè e Solimene

Diretora Editorial

Fabiane de Castro Luz

Projeto Gráfico

Kamila Amaro Fontes

Diagramação

Thalita Brachuko Fantini

Kamila Amaro Fontes

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica Logos – Ano 8, n. 8, dez. 2015 – São Paulo: Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, 2015.

Anual

Publicação da Faculdade Damásio

ISSN 1808-6862

1. Direito

CDU 34

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 34

Bibliotecário responsável: Nadir Amadio Matos de Oliveira – CRB 8/5923

Todos os direitos reservados. É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta Revista, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Editorial



Chanceler



Os sonhos não realizados podem se confundir com desejos, e, quando não consumados, em frustração. O gosto da realização do sonho se renova, nesta nova edição da REVISTA LOGOS, da Faculdade Direito|Devry, em seu oitavo ano de publicação.

O gosto da realização é redobrado, pois a REVISTA LOGOS vem mantendo, desde o seu nascedouro, o mesmo alto nível intelectual e com multiplicidade de temas, enfoques e autores, nacionais e estrangeiros.

Entre os autores, consagrados juristas, nossos Professores da Faculdade Damásio|Direito, como resultado da pesquisa dos Grupos de Estudo, nossos pares da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, e Profissionais de Direito, com ampla experiência prática, oriundos de nossos cursos de Pós-graduação, em convergência de reflexões nos artigos para a construção do Direito.

Os artigos, com ênfase em temas fundamentais do Direito, como Direitos Humanos e Filosofia do Direito, não deixam de alcançar temas do cotidiano profissional, como Direito do Trabalho, Tributário, Constitucional, Eleitoral, Civil e Internacional, em uma perspectiva a permitir a reflexão crítica sobre institutos de alta relevância prática.

A REVISTA LOGOS representa a realização de um sonho; pesquisa de qualidade, interação entre a inovação e a tradição, internacionalidade, produção heterogênea e reflexão crítica sobre os caminhos do Direito.

Minhas felicitações aos diletos autores, os colaboradores, e todos que trabalham na REVISTA LOGOS. E, de modo muito especial, Professores Marco Antonio Araujo Junior, Diretor-Geral, e Thais Barbosa Reis, Coordenadora-Geral Acadêmica da Faculdade Damásio|Devry, pelo empenho para realização do sonho.

Damásio de Jesus

Sumário

- 1 **A Convivência Intergeracional no Trabalho Rural em Sociedades Camponesas: Desafios para a Legitimidade de Políticas Públicas de Erradicação ao Trabalho Infantil**
Thais Barbosa Reis
Maria Dione Carvalho de Moraes
- 11 **A Descodificação do Direito Civil Microsistemas e outros Modismos**
Vitor Frederico Kämpel
Bruno de Ávila Borgarelli
- 37 **A Dignidade da Pessoa Humana e a Reserva do Possível sob a Luz do Controle do Poder Judiciário**
Mirma Graces
- 63 **A Evolução do Conceito de Justiça e o Justo da Decisão Judicial**
Ricardo Pereira Junior
- 81 **A Problemática do Acúmulo de Crédito de ICMS e a sua Relação com os Obstáculos Criados pela Fazenda Pública Estadual que Acarretam Constante Violação do Princípio Constitucional da não Cumulatividade Tributária e da Lei Complementar 87/96**
Guilherme Assis de Carvalho
Mérces da Silva Nunes
- 113 **A Sucessão Testamentária no Direito Internacional Privado- Algumas considerações**
Nuno Ascensão Silva
- 157 **De Novo, o Sistema Registral Austríaco**
Mónica Jardim
- 181 **O Problema da Interpretação do âmbito material dos Regulamentos Comunitários em Direito Internacional Privado Algumas notas**
Geraldo Rocha Ribeiro
- 207 **O Direito à Segurança: Garantia ou Limitação à Democracia e aos Direitos Fundamentais?**
Olavo Franco Caiuby Bernardes
George Augusto Niaradi

- 219 **Emile Durkheim: o direito real e a intervenção jurídica**
Eduardo Iamundo
- 225 **Equiparação do Transexual Quanto à Tutela Jurídica da Mulher**
Peterson Benhame de Castro
Renata Orsi Bulgueroni
- 235 **Estados Falidos e Direitos Humanos: A Problemática do Século XXI**
George Niaradi
Agatha Cristina dos Santos
Dery Lima
Francisca Thamires Sousa
Gustavo Ap. Fatarelli
Victoria Mellão Leite
- 261 **Evolução Histórica dos Direitos Trabalhistas da Mulher: do Elogio à Dona de Casa à Mulher que Trabalha**
Camila Ramos de Camargo
Jéssica Vieira Scholz
Rodolfo Garcia Teixeira
Renata Orsi Bulgueron
- 275 **Greves: o que são e por que devemos aceitá-las?**
Renata Orsi Bulgueroni
- 291 **Inconstitucionalidade de Lei Francesa que Proíbe o Uso da Burca e do Nikab em Espaços Públicos. Um Olhar Sobre a Constituição Francesa e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem**
Saddam Harb Mohamad
Pietro Nardella Dellova
- 307 **Internacionalização do Direito Penal: A luta contra o Terror**
Alessandra Carvalho
- 317 **Novo Código de Processo Civil: incoerência manifesta em tema no qual se poderia avançar muito**
Marco Antonio Botto Muscari
- 323 **O Abuso do Poder Econômico como Causa Petendi da Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo**
Marco Antonio da Silva
- 339 **O Papel da Perícia Psicológica no Contexto Jurídico**
Alcione Aparecida Messa

347

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Luiz Antônio de Souza

361

Retórica e Argumentação no Discurso Jurídico: Origens e Fundamentos

Margibel A. de Oliveira

379

Terra: Uma reflexão sobre o seu uso e abuso no contexto social Brasil(eiro)

Pietro Nardella Dellova

A Convivência Intergeracional no Trabalho Rural em Sociedades Camponesas: Desafios para a Legitimidade de Políticas Públicas de Erradicação ao Trabalho Infantil¹

Thais Barbosa Reis²
Maria Dione Carvalho de Moraes³

Resumo

Em sociedades camponesas, a estrutura das chamadas famílias extensas sempre foi compatível com a necessidade de mão-de-obra para a lavoura de provisão. Nesse tipo de família, é comum contar-se com a convivência de até quatro gerações. Para enfrentar o presente e o futuro, agricultores camponeses recorrem ao passado e saberes tradicionais, transmissíveis aos filhos e filhas. O campesinato, pois, pode ser visto como uma cultura, que se refere a uma tradição, inspirada, dentre outras, por regras de parentesco, de herança, e de formas de vida local. Ocorre que, estas práticas culturais entram em choque com as Políticas Públicas de erradicação ao trabalho infantil que, ancoradas nos Direitos Humanos da criança e do adolescente, impedem que estes participem do trabalho familiar no campo. Através da revisão bibliográfica e da pesquisa de campo ainda em andamento em um assentamento rural situado em Teresina-Piauí-Brasil, o presente artigo tem por objetivo discutir a legitimidade das políticas de erradicação do trabalho infantil no campesinato, focalizando a cultura das sociedades camponesas, o convívio intergeracional no trabalho e os Direitos Humanos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: campesinato – trabalho infantil – políticas públicas

1. Introdução

O campesinato pode ser conceituado como o modo de vida ancorado no tripé família, terra e trabalho. Neste modo de vida, é comum as chamadas famílias extensas, dada a necessidade de mão de obra para a lavoura. O convívio intergeracional se dá costumeiramente em até quatro gerações que partilham dos saberes tradicionais transmitidos para as gerações posteriores, como forma de enfrentar o presente e futuro.

1 – Artigo publicado nos Anais do Congresso Latinoamericano de Sociologia - ALAS Costa Rica 2015

2 – Graduada em Direito, Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente, Doutoranda em Políticas Públicas, UFPI, thais_r@hotmail.com

3 – Pós-Doutoranda em Sociologia/PPGS-UFPE; Doutora em Ciências Sociais/IFCH/UNICAMP, Profa. no DCIES/CCHAL/UFPI, mdione@superig.com.br

É uma cultura que se refere a tradição, inspirada, dentre outras, por regras de parentesco, de herança, e de formas de vida local.

“Ocorre que, estas práticas culturais entram em choque com as Políticas Públicas de erradicação ao trabalho infantil que, ancoradas nos Direitos Humanos da criança e do adolescente, impedem que estes participem do trabalho familiar no campo”. (REIS E MORAES, 2013).

Através da revisão bibliográfica e da pesquisa de campo ainda em andamento em um assentamento rural situado em Teresina-Piauí-Brasil, o presente artigo tem por objetivo discutir a legitimidade das políticas de erradicação do trabalho infantil no campesinato, focalizando a cultura das sociedades camponesas, o convívio intergeracional no trabalho e os Direitos Humanos da criança e do adolescente.

Espera-se contribuir para a compreensão da cultura camponesa e da necessidade de diálogo desta com as políticas públicas e legislação de proteção à infância.

2. Sociedades Camponesas: convívio intergeracional e trabalho

No âmbito do campesinato, trabalhadores/as da agricultura familiar camponesa nascem e são socializado/as em um universo no qual a família cultiva a terra para seu provisionamento. É comum que crianças sejam iniciadas, em geral, a partir dos cinco ou seis anos de idade, nos chamados serviços leves, tais como: alimentar animais, sobretudo a “miunça” (MORAES, 2000); ajuda a levar refeições para o pai, na roça, a depender da distância do local de trabalho em relação à casa; ajudar nos afazeres domésticos, regar hortas; acompanhar as mulheres em coletas de coco babaçu, de pequis, etc (REIS E MORAES, 2015).

Para Chayanov (1974), o comportamento econômico de camponeses não se enquadra no modelo capitalista das teorias clássicas, ancoradas na renda, salário e lucro. Nas unidades produtivas familiares, a distribuição terra, trabalho e capital estão ancoradas em uma racionalidade singular. Isto porque a família camponesa possui uma dinâmica demográfica própria, em razão do número de membros que a compõe e da diversidade de idade entre eles e isto orientará o volume de trabalho e consumo necessário para garantir a sobrevivência dos membros da família. A teoria chayanoviana que focaliza a relação trabalho-consumo pode ser relativizada com a noção de “*economia de provisionamento*” (Sahlins, 1970, p. 118), segundo a qual “*a produção doméstica não é descrita exatamente como produção para uso, isto é, para o consumo direto. As famílias também podem produzir para troca, assim conseguindo indiretamente o que precisam*” (SAHLINS, 1970, p. 118.). Para, Woortmann, E. (1978, p. 05) “*é apenas em parte que a reprodução da força de trabalho camponesa se realiza pelo autoconsumo;*

com a comercialização de seus produtos o camponês apura uma renda monetária indispensável à sua subsistência, inclusive para a compra de alimentos”.

Quanto aos recursos, o principal é a mão-de-obra não remunerada, dada a extensão das famílias. A terra e o capital são variáveis, dependendo do mercado de terras e acumulação interna das famílias. Para Chayanov, camponeses tendem a ajustar seus padrões de consumo ao se vincular ao mercado, passando a absorver produtos de origem urano-industrial.

A economia camponesa apresenta peculiaridades devido ao caráter da divisão familiar do trabalho, e são regras de parentesco que definem tanto a unidade de produção quanto a de consumo. Nesse sentido Chayanov (1974) aponta para a possibilidade de diálogo entre a produção camponesa e o capitalismo, desde que não sejam rompidas as relações de produção que lhe são próprias, dentre as quais se destaca o trabalho familiar, seu traço dominante.

Woortmann, K. (1990), dialogando com a teoria de Chayanov, aponta para a família como um valor, não focalizando a produção de bens materiais, mas a produção cultural da família enquanto valor. Trata-se de um tipo de sociedade entendido através de conexões de sentido que são significativas para os sujeitos. E como nem todos os pequenos produtores são camponeses, o autor trabalha com o conceito de campesinidade, entendida como uma qualidade presente em maior ou menor grau em distintos grupos específicos, cuja principal característica é o sujeito criando sua própria existência (CHAYANOV, 1974), cujo trabalho na terra é destinado, primeiramente, à satisfação das necessidades da família e reprodução de sua vida. Nos termos de Sahlins (1970), o aprovisionamento.

Na construção da campesinidade, algumas categorias culturais seriam comuns e inter-relacionadas, como terra, família, trabalho e liberdade, definidoras de uma ordem moral presente nas sociedades camponesas. Segundo o autor, a estas categorias empíricas estariam associadas outras categorias antropológicas, relacionadas a valores e princípios organizatórios e ao sentido mais geral da humanidade: a reciprocidade, a honra e a hierarquia.

Nestas sociedades, trabalho infantil é sempre “naturalmente” visto como parte do processo de socialização (MORAES, 2000; MORAES e MARTINS, 2011, STROPASOLAS, 2012) pelo qual se fazem investimentos na reprodução das novas gerações

A questão pertinente a estudos sobre trabalho infantil e campesinato diz respeito à problematização de o quanto e quando este trabalho extrapola a legalidade, nos marcos do sentido político-jurídico atual, principalmente pelos danos causados à vida e à saúde da criança. Sobretudo pela necessidade de entendimento – ante o princípio de universalização das políticas públicas – de particularidades socioculturais

do campesinato, as quais devem ser levadas em conta na elaboração destas políticas de erradicação do trabalho infantil, para garantir direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes.

Para além do trabalho infantil na agricultura familiar, onde não há separação entre a esfera do trabalho e a doméstica, como ocorre na agricultura empresarial, não se pode ignorar que este constitui expressão das condições precárias e violentas com que se organizam as relações de mercado em certos processos produtivos viabilizadores da especialização mercantil. O trabalho infantil representa uma alternativa de sobrevivência de famílias de trabalhadores constrangidas quanto ao acesso à condições dignas de vida. A miséria se expressa na incapacidade de adultos garantirem a reprodução física sem colaboração de filhos, ou ausência de responsáveis para a manutenção destes (REIS E MORAES 2015).

Neves (1999) argumenta que a tecnicidade da lei não é capaz de apreender o trabalho infantil como produto das relações sociais, generalizando assim toda espécie de atividade infantil remunerada ou não, independente do contexto sociocultural em que a criança está inserida. A lei e políticas públicas também não dão conta de contradições tais como as narrativas governamentais que condenam certos tipos de trabalho infantil mas aceitam passivamente outros, como o artístico, transmitido pelas emissoras de televisão, e, ainda, discursos e práticas que primam pela erradicação do trabalho infantil, mas toleram a exploração sem medida de trabalhadores/as adultos/as.

Nesta direção, Straposolas (2012) aponta para a inadiável tarefa de sociologização do conceito de trabalho infantil, no enfrentamento dos desafios, na superação das dicotomias, e na compreensão de significados e singularidades deste fenômeno. Isto torna-se tão mais importante frente à diversas atribuições de sentidos atribuídos ao trabalho infantil, em contextos urbanos e rurais. Aqui, focalizamos este último, considerando práticas e relações sociais em que se inscreve o trabalho das crianças nos processos produtivos, particularmente no trabalho agrícola camponês familiar.

3. Políticas de Erradicação do Trabalho Infantil: legitimidade no âmbito do campesinato

O trabalho infantil, mesmo nas condições tradicionais de uma agricultura camponesa baseada em ecótipos do tipo peleotécnico (WOLF, 1976) com baixo uso de insumos modernos, “agricultura de toco” ou “*swidden*” (WOLF, 1976, MORAES, 2000), põe em perigo e risco as crianças, pois elas são fisicamente vulneráveis, suscetíveis a lesões, prejuízos, ferimentos e doenças relacionadas ao trabalho.

Ocorre que no âmbito do campesinato, particularidades socioculturais muitas vezes vão de encontro às diretrizes de políticas públicas genéricas. Na referida socialização no

universo camponês, com a família cultivando a terra em uma economia de provisão, as pessoas trabalham no âmbito da família nuclear ou ampliada, em um modo de vida diferente do padrão laboral do universo urbano-industrial. E mesmo considerando que o estudo de filho/as é parte das estratégias de reprodução camponesa, na atualidade, políticas de transferência de renda podem, nem sempre, ter legitimidade e eficácia junto a estas populações, mormente, quando a condicionalidade incide sobre formas culturalmente estabelecidas de socialização plasmadas tanto pelo *ethos* quanto pelo que Bourdieu (2013) denomina *senso prático*, pelo qual as famílias levam em conta: ciclo biológico familiar, relação entre braços disponíveis para o trabalho e bocas para serem alimentadas, etc.

Observa-se que, o processo de difusão social da ideia de combater o trabalho infantil, no Brasil, envolveu uma aliança de atores sociais, movimentos articulados em redes mundiais, justificando-se e ancorando-se no discurso dos Direitos Humanos. Esta demanda vocalizada tornou-se prioridade na agenda estatal.

No plano da ação pública, há ações implementadas pelo Estado, por organizações internacionais, ONGs, etc, fundamentadas no aparato legal de proibição do trabalho de crianças, e no alicerce simbólico e valorativo construído por instituições internacionais (OIT, ONU, etc). Avaliações de programas e projetos públicos ou privados vêm indicando redução significativa das piores formas de trabalho infantil. Contudo, análises de teor qualitativo indicam, também, uma tendência de estabilização nos índices dos resultados alcançados, sobretudo, no Brasil. No enfrentamento às práticas de trabalho infantil, no campo das políticas públicas e programas sociais do Governo Federal, destaca-se o referido PETI, abarcado pelo Programa Bolsa-Família⁴ - PBF, em 2006. O redesenho do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil visava a modificações significativas que racionalizaram e aprimoraram a gestão de ambos os programas, incrementando a intersetorialidade e o potencial das ações, ao se evitar a fragmentação e a superposição de esforços e de recursos.

O Programa Bolsa-Família é uma política de transferência de renda que define sua atuação em termos de um nível máximo de renda familiar – R\$ 154,00 por pessoa⁵ – e da condicionalidade a uma obrigação às famílias, a de manter as crianças na escola. Dentre seus objetivos declarados destacam-se reduzir desigualdades e retirar crianças e adolescentes do trabalho perigoso, penoso insalubre e degradante, a fim de possibilitar-lhes acesso, permanência, e o bom desempenho escolar. Destina-se a famílias que vivem em condição de extrema pobreza⁶.

4 – O Programa Bolsa Família foi criado no dia 20 de outubro de 2013 no governo Lula e unificou diversos programas sociais vigentes até então. É um programa de transferência de renda que tem como objetivo central reduzir a extrema pobreza e as desigualdades sociais no Brasil.

5 – Valores referentes ao ano de 2015

6 – O Programa Bolsa Família define como condição de pobreza: família que sobrevive com renda mensal, por pessoa, de R\$ 154,00. De extrema pobreza: família que sobrevive com renda mensal/pessoa de até R\$ 74,00, de acordo com a Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e o Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004.

Ocorre que, esta política, que tem como um dos objetivos a promoção dos Direitos da infância e a erradicação do trabalho infantil, é genérica e não é capaz de abarcar as inúmeras formas de exploração desse tipo de trabalho. Nesse sentido, é tratado com o mesmo rigor legal a exploração do trabalho infantil por terceiros, bem como a socialização da criança através do trabalho na agricultura familiar. E ainda é relativizado o trabalho infantil no meio artístico (televisão, teatro, rádio, circo, etc.), que, por vezes, traz prejuízos irreparáveis à criança.

E ainda no meio rural, crianças rurais não formam um grupo social homogêneo nem vivem realidades e contextos sociais, econômicos e culturais semelhantes. O trabalho infantil também possui variações, diferentes manifestações, condicionantes e razões de existência. No Brasil, é marcante a sua presença no agronegócio exportador de alimentos e matérias-primas com formas mais agudas de exploração do trabalho das crianças e adolescentes⁷; por outro lado, está presente, também, em regiões de agricultura familiar, sobretudo no Nordeste e nas regiões coloniais do Sul do Brasil. Além do mais, modificações recentes nos sistemas produtivos agrícolas e pecuários, pela modernização dos processos produtivos dos sistemas agro-industriais, inserção das empresas produtoras e exportadoras de alimentos e matérias-primas, acentuam as exigências (dos mercados globalizados) de aumento na escala na produtividade, e na qualidade das mercadorias produzidas em série: avicultura, suinocultura, fomicultura, fruticultura, entre outros. A renovação de regras e exigências dessas empresas e a adoção de novas tecnologias, maquinários e equipamentos por agricultores que se lhes devem adequar, traz uma sobrecarga às pessoas que permanecem nas unidades produtivas, inclusive, das mais novas, em um contexto de redução da mão-de-obra familiar (redução da taxa de natalidade + migração de filho/as, sobretudo a partir dos 15 anos de idade). (STROPASOALS, 2012)

No que tange à inserção de crianças no trabalho agrícola familiar nos marcos da lógica camponesa que emprega mão-de-obra predominantemente familiar nos processos produtivos, não se pode ignorar a diversidade e heterogeneidade das categorias sociais com projetos de vida e visões de mundo muitas vezes diferentes, no interior do grupo familiar, com suas hierarquias, desigualdades e conflitos de gênero e geração. São peculiaridades que influenciam e condicionam os processos de socialização, as representações, os valores e a trajetória social das crianças rurais. Assim, a visão da unidade familiar como um trabalhador coletivo, com todo/as colaborando para o conjunto do empreendimento, pode obliterar inscrições e conflitos de gênero e de geração. (STROPASOLAS, 2012).

7 – Como diz Marin et al (2012), *empresários do agronegócio brasileiro inseriram, nos últimos anos, cláusulas sociais nos contratos comerciais, assinaram pactos de erradicação do trabalho infantil, e aderiram aos propósitos dos selos sociais, pelo crescimento da pressão internacional e ameaças de boicotes às mercadorias. Tais iniciativas conferem legitimidade às empresas do agronegócio nos mercados globalizados e se constituem em marketing social.*

Ocorre que no âmbito familiar, as particularidades socioculturais muitas vezes vão de encontro às diretrizes de políticas públicas genéricas de erradicação ao trabalho infantil, pondo em cheque a sua legitimidade e eficácia.

Nas sociedades orientadas pelos princípios da campesinidade⁸, particularidades socioculturais muitas vezes vão de encontro às diretrizes de políticas públicas genéricas de erradicação ao trabalho infantil, pondo em cheque a sua – e aqui relembremos Bo Rotstein – legitimidade e conseqüente eficácia. Na referida socialização primária no universo camponês, com a família cultivando a terra em uma economia de provisionamento, as pessoas trabalham no âmbito da família nuclear ou ampliada, em um “modo de vida” (MORAES, 2000, p. 248) com especificidades em relação ao padrão laboral do universo urbano-industrial. E mesmo considerando que o estudo de filho/as é parte das estratégias de reprodução camponesa, na atualidade, políticas de transferência de renda podem, nem sempre, ter legitimidade e eficácia junto a estas populações, mormente, quando a condicionalidade incide sobre formas culturalmente estabelecidas de socialização plasmadas tanto pelo ethos quanto pelo que Bourdieu (2013) denomina senso prático, pelo qual as famílias levam em conta: ciclo biológico familiar, relação entre braços disponíveis para o trabalho e bocas para serem alimentadas, etc.

Assim, o trabalho infantil em sociedades orientadas pela campesinidade ancora-se no habitus (BOURDIEU, 2013), subjacente ao modo de vida e na convivência intergeracional no campo. Daí tornar-se necessário compreender valores da campesinidade, práticas de reprodução cultural e socialização da criança através do trabalho como construção de homens e mulheres em uma determinada “ordem moral” (WOORTMAN, K. 1990, p. 15).

Sem defender o modelo “pai patrão”⁹ e sem idealizar a cultura camponesa, entendemos que a ausência de uma perspectiva socioantropológica na compreensão desta ordem moral vem a salientar o choque entre duas “legitimidades”: uma de ordem cultural e simbólica; outra da ordem da gestão pública das questões sociais, com conseqüências importantes para a ação das políticas públicas para erradicação do trabalho infantil neste universo.

A efetivação dos Direitos Humanos de crianças rurais através das Políticas Públicas deve perpassar pela compreensão da diversidade cultural, da socialização da criança através do trabalho e da convivência intergeracional no campo, para que a dignidade destas seja preservada em sua integralidade.

8 – Conceito baseado em Woortman, K. (1990). Voltarei ao tema, no referencial teórico.

9 – Pai patrão é título de um filme italiano do diretor Paolo Taviani, de 1977, que aborda e problematiza as relações de extremo autoritarismo de um pai camponês em relação a filho que com ele vivia e trabalhava.

4. Conclusão

Sem dúvida, no contexto de envolvimento laboral infantil, em uma pós-modernidade que guarda traços dos inícios da Revolução Industrial, a proteção à infância põe-se como tarefa da sociedade. Nesta direção, é fundamental que as políticas públicas tenham legitimidade, um dos pilares da sua eficácia. Por sua vez, o processo de construção desta legitimidade requer a compreensão de subculturas, modos de vida, no diálogo e na construção da participação na esfera pública (HABERMAS, 1984).

Certamente, o combate ao trabalho infantil não pode limitar-se ao emergencial. Necessita enfrentar de fato as motivações de ordem econômica, política e cultural que subjazem ao problema e à sua continuidade. Por outro lado, não se podem ignorar investimentos, projetos e sonhos de trabalhadore/as adulto/as e infantis para superar a brutalização imposta pela pobreza (MARIN, 2012).

Assim, necessário que as leis de proteção à infância e as políticas públicas de erradicação do trabalho infantil dialoguem com as particularidades socioculturais da cultura camponesa, a fim de garantir que a dignidade de crianças e jovens sejam preservadas, bem como a convivência intergeracional e os modos de vida e socialização através do trabalho.

5. Referências

BOURDIEU, P. *O senso prático*. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

CHAYANOV, A. *La organización de la unidad económica campesina*. Buenos Aires: Nueva Visión, 1974.

HABERMANS, J. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Cap. 5

MARIN ET AL. O problema do trabalho infantil na agricultura familiar: o caso da produção de tabaco em Agudo-RS. *Revista de Economia e Sociologia Rural*. vol.50 nº.4 Brasília Oct./Dec. 2012.

MORAES, D. C., MARTÍNS, T. I. Cortadores de palha de carnaúba em Campo Maior - PI: Trajetórias narradas e intersubjetividade na pesquisa com oralidades. *VIII Encontro de história oral do Nordeste*, CD ROM, Teresina, Piauí, 2011, 15 p.

MORAES. M. D. C. *Memórias de um sertão desencantado: modernização agrícola,*

narrativas e atores sociais nos cerrados do sudoeste piauiense. Campinas: SP, 2000, pp. 185-234, disponível em <http://libidigi.unicamp.br>, acesso em 20/06/2008.

NEVES, D. P. *A perversão do trabalho infantil: lógicas sociais e alternativas de prevenção*. Niterói: Intertexto, 1999.

REIS, T. B.; MORAES, M. D. C. *Políticas de transferência de renda e combate ao trabalho infantil no campesinato, no brasil: um debate necessário*. Artigo enviado para submissão à revista Espaço Regional. Santiago – Chile, 2015

REIS, T. B.; MORAES, M. D. C. *Trabalho infantil e cultura camponesa: interpelações às políticas públicas*. Artigo enviado para submissão à revista Ciências Sociais Unisinos – Porto Alegre, 2015

REIS, T. B.; MORAES, M. D. C. *Trabalho infantil, campesinato e políticas públicas: um debate necessário*. Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luis-MA, 2013.

SAHLINS, M. *Sociedades tribais*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970

SHANIN, T. Lições camponesas. In: PAULINO, E. T.; FABRINI, J. E. (org.) *Campesinato*. Territórios em disputa. São Paulo: expressão popular, 2008, pp. 23-47

STROPASOLAS, V. *Trabalho infantil no campo do problema social ao objeto sociológico*. Revista Latino-americana de Estudos do Trabalho, Ano 17, nº 27, 2012, 249-286. Disponível em http://relet.iesp.uerj.br/Relet_27/Cap%C3%ADtulo%2010%20-%20Trabalho%20Infantil%20no%20Campo%20RELET%2027%20-%20SE.pdf. Acesso em 20/jul/2014

WOLF, E. *Sociedades camponesas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, 150 p.

WOORTMANN, E. F. *Herdeiros, parentes e compadres: colonos do Sul e sitiantes do Nordeste*. São Paulo: HUCITEC, 1995, 336 p.

WOORTMANN, k. *Com parente não se neguceia*. Série Antropológica nº 69, Brasília: UnB, [1990], 101 p.

A Descodificação do Direito Civil Microsistemas e outros Modismos

Vitor Frederico Kümpel
Bruno de Ávila Borgarelli

1. Introdução – A sistematização do Direito

Em uma das mais célebres exposições acerca do pensamento sistemático no Direito, CLAUS-WILHELM CANARIS¹ afirma que o significado de sistema ocupa lugar de destaque na metodologia jurídica, e que sua conceituação representa uma das mais acirradas controvérsias nessa seara.

O autor define o sistema a partir da clássica formulação kantiana, isto é, como unidade de conhecimentos diferentes ou ordenação de realidades distintas a partir de pontos de vista unitários.

Pela complexidade do conceito, não podemos nos dedicar a uma exposição rigorosa sobre o mesmo, pois nossa intenção aqui é bem menos ambiciosa. Mas devemos indicar, ao menos, um sentido genérico. Ao falar em sistema, podemos nos referir a “ordenamento jurídico”² ou a uma concepção técnica que revela a estrutura do objeto de estudo, bem como o conjunto ordenado e coeso de conhecimentos³.

Está presente, assim, a ideia de unidade, se bem que autores encontrem elementos distintos para estabelecer essa noção. LARENZ⁴, por exemplo, via na axiologia o referencial de unidade do Direito⁵. Nada que o distancie, a rigor, de CANARIS⁶, seu discípulo. Destaque-se que essa visão indica o sistema no sentido de

1 – *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, trad. ao port. por A. MENEZES CORDEIRO, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 5.ed., Lisboa, Caluste Gulbenkian, 2012, p. 5.

2 – O sistema com sentido de ordenamento é o objeto, por exemplo, da obra de R. DAVID, *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, trad. ao port. por H. A. Carvalho, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4.ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002. Tome-se como exemplo da diferença entre os dois conceitos de sistema jurídico a seguinte passagem da referida obra: “Os diferentes direitos comportam, cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem as suas regras, categorias no interior das quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo. Ainda neste triplo aspecto existem, entre os direitos, diferenças, e o estudo de um dado direito implica uma tomada de consciência das diferenças de estrutura que podem existir entre este direito e o nosso” (p. 16). Evidente que, aí, o autor se refere a sistema enquanto ordenamento.

3 – M. G. LOSANO, *Sistema e Struttura nel Diritto – Dalle Origini alla Scuola Storica*, trad. ao port. por C. A. Dastoli, *Sistema e Estrutura no Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2008, v.1, cit. prefácio à edição brasileira pp. XIX ss.

4 – *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. ao port. por J. Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7.ed., Lisboa, Caluste Gulbenkian, 2014, p. 674 ss.

5 – São essenciais os apontamentos feitos pelo tradutor da obra de LARENZ para o português, J. LAMEGO, acerca da evolução do pensamento do grande autor alemão (in *Methodenlehre* cit., pp. 701-713, especialmente p. 709).

6 – Para CANARIS, “as características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias de adequação valorativa e da unidade interior do Direito; estas não são apenas pressuposições de uma

sua **unidade interna** (unidade valorativa intrínseca), o que diverge da ideia de uma unidade extrínseca.

A estruturação sistemática do ponto de vista externo também encontra historicamente divergências entre os autores. Para uns – como o próprio Larenz⁷ – os princípios é que dão visibilidade ao conteúdo valorativo que integra a ordem jurídica, enquanto PHILIP HECK⁸, por exemplo, acreditava que os conceitos formais perfaziam a referida estrutura⁹, por ele denominada de **sistema externo**.

CASTANHEIRA NEVES¹⁰, em obra também aclamada, aponta o sistema como uma “unidade de totalização normativa” analisada em quatro elementos, constitutivos da normatividade e “organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante”: os princípios; as normas; a jurisprudência; e a dogmática¹¹. Perceba-se aqui a definição do ponto de vista externo.

De todo modo, reconhecendo essas divergências, valemo-nos da ideia de estrutura sistemática, especificamente no sentido de um conjunto de elementos em coesão – lembremos que as dúvidas, como expusemos, recaem sobre a caracterização desses elementos e do elemento unificador - ou seja, integrados num todo orgânico normativo, aqui especificamente considerando uma codificação.

Os romanos – fundadores da ciência jurídica¹², e de cuja revolução no pensamento do Direito ergueu-se, em muito, nossa civilização¹³ – não chegaram a estabelecer esse aporte sistemático do ponto de vista externo¹⁴. O direcionamento para a vida prática, para a resolução de problemas que surgiam no núcleo social, constituía o pilar dos juristas

jurisprudência que se entenda a si própria como Ciência e premissas evidentes dos métodos tradicionais de interpretação, mas também, e sobretudo, consequências do princípio da igualdade e da ‘tendência generalizadora’ da justiça, portanto, mediatamente, da própria ‘ideia de Direito’ “. (Systemdenken cit., p. 279).

7 – *Methodenlehre* cit., p. 628 ss. Mas o autor não negava a existência do sistema conceitual-abstrato (extrínseco) e nem que houvesse uma necessidade de sua exposição. Apenas não colocava essa exposição abstrata como fator prioritário do sistema, pois no conceitualismo puro a valoração apropriada seria suplantada pela subsunção adequada, de modo que “a lógica formal ocupa o lugar da teleologia e da ética jurídica”. (p. 622-623)

8 – PHILIPP HECK foi o inaugurador da “Jurisprudência dos Interesses”, escola crítica do conceitualismo puro típico do século XIX e que pregava, como finalidade da normatividade, a resolução dos conflitos nascidos no ambiente social (conflitos de interesses) estando o juiz adstrito ou à recomposição dos interesses condicionantes da norma ou, em havendo lacuna, à atividade de ponderação. Esta corrente, no entanto, não admitia decisões *contra legem*.

9 – Segundo Canaris, Heck, em sua teoria, não visava desvendar a unidade de sentido interior do Direito, “antes se destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente quanto possível”, (*Systemdenken* cit., p. 26).

10 – *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 155.

11 – CASTANHEIRA NEVES iguala a ‘dogmática’ e a ‘doutrina jurídica’, afirmando que a mesma, “enquanto resultado de uma elaboração livre e de uma normatividade que apenas se sustenta na sua própria racionalidade fundamentada, não pode invocar a direta vinculação político-prescritiva, como as normas legais, ou sequer a auctoritas jurídica da jurisprudência – posto seja esse momento dogmático aquele em que o sistema encontra sua racional e decisiva objectivação” (*Metodologia* cit., p. 157.)

12 – K. ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, trad. ao port. por J. B. Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014, p. 13; M. MARRONE, *Instituzioni di Diritto Romano*, 3.ed., Palermo, Palumbo Editore, p. 5.

13 – R. VON IHERING, *Der Geist des Römischen Rechts*, trad. ao port. por Rafael Benaion, *O Espírito do Direito Romano*, Rio de Janeiro, Alba, 1943, v. 1, p. 12.

14 – M. KASER, *Römische Privatrechts*, trad. ao port. por S. Rodrigues e F. Hämmerle, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999, p. 24.

romanos¹⁵. Eram lastreados, é bem verdade, em um acervo coeso de elementos – daí falar-se em estrutura sistemática interna – sem estabelecer uma organicidade¹⁶.

A origem dessa visão propriamente sistemática, com uma estruturação externa, tem suas bases jusracionalismo, fruto da união do direito natural e das teorias racionalistas, através de pensadores como Hobbes, Espinosa, Pufendorf, Thomasius, Wolff, no século XVII¹⁷. O novo sistema de direito natural se ergueria a partir do trabalho desses últimos autores, que desenvolveram os postulados de H. Grocio¹⁸, tanto os imediatos quanto os decorrentes de sua obra¹⁹.

Tudo na esteira condicionante do advento, no século XVIII, do Iluminismo²⁰, e sua rejeição à tradição e a procura pela racionalização da compreensão do mundo natural e da sociedade²¹, que abriu o caminho para o processo revolucionário francês. Disso decorrerá, no alvorecer do século XIX, o processo de codificação²², mais adiante exposto.

Em síntese do processo histórico, assim, podemos dizer que, se os romanos não conheceram uma estruturação propriamente sistemática, não se pode negar que tenham estabelecido as diretrizes de coerência interna, pressuposto da organização externa e elemento imprescindível para o alinhar de um sistema.

Ao lado sua evolução, considerando os momentos históricos que o depuraram e adaptaram à realidade social do mosaico cultural do medievo europeu, foram surgindo as teorias que, do pensamento filosófico, penetraram a conformação jurídico-institucional, preparando o terreno para a codificação. Sem exageros o movimento codificador pode

15 – Sobre isso M. KASER, *Römisches Privatrecht* cit., p. 17-20. O autor afirma que a jurisprudência romana clássica “não elaborou abstractas teorias de escola, antes prosseguiu numa orientação prática que, partindo das criações dos juristas, teve em vista a solução clara de casos jurídicos concretos apresentados pela vida; a construção de conceitos jurídicos serviu-lhe apenas de apoio para a solução desses casos”. E complementa dizendo que mesmo a jurisprudência didática da época clássica, que produziu as Institutas de Gaio, tinha relação estreita com os casuístas e mantinha-se afastada de especulações teóricas. (*Römisches Privatrecht* cit., p. 20).

16 – Hugo Grócio teve como sua principal obra o monumental *De Iure Belli ac Pacis* (Do Direito da Guerra e da Paz) e pode ser considerado o “humanista por excelência” (M. VILLEY, *la formation de la pensée juridique moderne*, trad. ao port. por C. Berliner, 1.ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 553). Sobre Grocio afirmava M. REALE: “Antes dele não se poderia falar em Filosofia do Direito em sentido próprio, pois é com seu livro *De jure belli ac pacis* que se apresenta o primeiro tratado de Direito Natural, ou, para melhor dizer, o primeiro tratado autônomo de Filosofia do Direito” (*Horizontes do Direito e da História*, 3.ed, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 103).

17 – Para uma exposição acerca da contribuição de cada um desses autores, v. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. ao port. por A. M. Hespanha, *História do Direito Privado Moderno*, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2010, p. 340-342.

18 – Hugo Grócio teve como sua principal obra o monumental *De Iure Belli ac Pacis* (Do Direito da Guerra e da Paz) e pode ser considerado o “humanista por excelência” (M. VILLEY, *la formation de la pensée juridique moderne*, trad. ao port. por C. Berliner, 1.ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 553). Sobre Grocio afirmava M. REALE: “Antes dele não se poderia falar em Filosofia do Direito em sentido próprio, pois é com seu livro *De jure belli ac pacis* que se apresenta o primeiro tratado de Direito Natural, ou, para melhor dizer, o primeiro tratado autônomo de Filosofia do Direito” (*Horizontes do Direito e da História*, 3.ed, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 103).

19 – M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 5.ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 391.

20 – “Com o Iluminismo, começa a época moderna do direito: a interrupção da continuidade jurídica precedente é claramente expressa pela polémica contra o direito romano, que caracterizou o debate do século XVIII e teve como efeito prático a substituição desse direito pelas novas codificações europeias” (M. G. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici*, trad. ao port. por M. Varejão, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, 1.ed., São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 7).

21 – J. J. ARRUDA, *Nova História Moderna e Contemporânea – Da Transição Feudalismo-Capitalismo à Guerra de Secessão dos Estados Unidos*, Bauru, Edusc, 2005, v.1, p. 161.

22 – “O racionalismo no direito exprime-se na doutrina do direito natural, de que uma das mais importantes consequências é o processo de codificação do direito civil, realizado pelos Estados modernos e soberanos. O direito civil deixa de ser o direito romano para ser direito nacional, adquirindo sua forma e seu conteúdo atuais” (F. AMARAL, *Direito Civil* cit., p. 165).

ser visto como fenômeno verdadeiramente revolucionário, e nisto despontando como o coroar dos movimentos políticos que surgiram no fim do século XVIII, especialmente.

2. A codificação

2.1. Breve histórico

A conjuntura exposta já finca uma base desse nosso breve estudo: os códigos, por si, representam rigorosamente a noção de direito sistematizado²³.

É possível dizer que a ideia de código corresponde precisamente à sistematização do direito vigente, “*tendentes a um melhor conhecimento do direito e a uma maior segurança jurídica*”²⁴. O fenômeno da codificação²⁵, acentua Ruggiero²⁶, corresponde à redução de todas as normas vigentes em um momento histórico a uma unidade orgânica²⁷. Perceba-se, aqui, uma ideia fortemente associada à segurança²⁸, sem um olhar de sistematicidade propriamente dita.

Esta última, na verdade, foi o êxito da Escola Racionalista – já mencionada – que, com o cartesianismo, atingiu o elevado nível de precisão²⁹ que, no Direito, deu base sólida ao processo codificatório³⁰. Na França, essa exposição intelectual sistemática coube a POTHIER

23 – F. AMARAL, *Direito Civil – Introdução*, 8.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 43.

24 – J. GILISSEN, *Introduction Historique au Droit*, trad. ao port. Por A. M. Hespanha e M. L. Macaísta Malheiros, *Introdução Histórica ao Direito*, 7.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2013, p. 448.

25 – “Codificação” vem do latim *codicem facere* – fazer um código. A expressão surgiu através de Jeremy Bentham, que buscava com ela marcar o objetivo de construir um corpo de leis completo. Mas a palavra “código” já era utilizada desde o final do século III, quando então se referia à compilação do direito vigente, sendo que, nesse sentido, a noção de código é ainda mais remota, já se manifestando 2 mil anos antes de Cristo, com o Código de Hamurabi. Mas insistimos que a ideia de codificação moderna é do século XVIII, designando “uma verdadeira iniciativa de reforma do direito” que pretendia traduzir determinadas opções filosóficas (do jusracionalismo, como dissemos) seguindo a expressão de Cambacérès: “*um Código da natureza, sancionado pela razão e garantido pela liberdade*” (as informações são de D. BUREAU, *Codificação*, in *Dictionnaire de La Culture Juridique*, D. ALLAND e S. RIALS (coord), trad. ao port. por I. Castilho Benedetti, *Dicionário da Cultura Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2012, pp. 223-224).

26 – *Instituzioni di Diritto Civile*, 6.ed. trad. ao port. por Paolo Capitanio, *Instituições de Direito Civil*, at. por Roberto Benasse, Campinas, Bookseller, 1999, v. 1, p. 143.

27 – “A condensação [das normas jurídicas num sistema] realiza-se por dois processos: a) a *consolidação*; b) a *codificação*. Pelo primeiro, procede-se à justaposição das normas vigentes, articulando-as sob determinada orientação. Pelo segundo, não se aproveitam apenas as leis existentes mas se fazem eliminações, adaptações e inovações. *Elabora-se, numa palavra, obra metódica, sistemática e inovatória. Consolidação e codificação distinguem-se, no conteúdo e na estrutura. Uma é obra de adaptação morfológica; a outra, de criação. Expressam, porém, a mesma tendência e atendem a iguais objetivos, representando a codificação fase superior no processo de condensação, fase que supõe cristalização dos institutos jurídicos.*” (O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 20.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 47).

28 – “As Codificações indicam certa confiança, certa seguridade no ditar a lei; politicamente, são sinais de força consciente de si mesma”. (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, p. 61).

29 – “A ideia do direito como sistema representa, assim, a mais importante contribuição do jusracionalismo ao direito privado europeu, a que se seguiu o advento das construções conceituais, da utilização dos conceitos, que eram princípios jusnaturalistas transformados em princípios de caráter técnico-jurídico (...)” (F. AMARAL, *Direito Civil cit.*, p. 41)

30 – Assim nos indica M. VILLEY: “E depois de Grócio virá toda a escola do direito natural, Pufendorf, Thomasius, Leibniz ou Wolff, e, na França, Domat e Pothier (...). Será esse o empreendimento que levará às codificações modernas, isto é, a uma mutação radical da forma do direito, que passará a se apresentar numa ordem lógica – a uma mutação também da forma do direito romano, pois é do direito romano ‘clássico’ que imaginam restituir a ordem (...)” (*La Formation cit.*, p. 554).

e DOMAT³¹. Este influenciou diretamente o *Code Civil* de 1804, e sua dedicação às ciências exatas, aliás, dá nota da força com que a ideia de sistema atingiu o direito francês³².

O grande êxito, condicionante do (e condicionado pelo) processo codificatório foi a sistematização do direito vigente à época, que tinha como base o direito comum aliado – subsidiariamente – às glosas e comentários sobre o direito romano. Na sequência do Código Napoleônico³³, surgiram ao longo do século XIX as demais codificações: a italiana em 1865, a portuguesa em 1867³⁴, a espanhola em 1889, entre outras.

Em 1900, após quatro anos de *vacatio*, entra em vigor o Código Civil alemão – o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) – concretização do movimento Pandectista³⁵. Esse código, elaborado sob influência direta de Bernard WINDSCHEID, inspirou-se na precisão sistemática ofertada pela Escola Histórica³⁶, cuja “paternidade” se atribui a SAVIGNY³⁷, muito embora, a rigor, tenha sido ele um dos colaboradores de sua fundação³⁸ e que se tornou o principal expoente da Escola.

No BGB é que ocorreu a sistematização do conteúdo histórico e do legado do direito. Dessa codificação se destaca, como fruto que é da ciência pandectista, seu

31 – “(...) foi pela mediação sistematizadora de DOMAT que os institutos de direito romano chegaram ao código civil francês. Analogamente, os costumes foram introduzidos no código não diretamente, mas por meio da elaboração feita por seu contemporâneo POTHIER (1699-1772). Esse jurista prático se ocupou também do Corpus iuris. Na convicção de que ele fosse excessivamente desorganizado, propôs, em suas *Pandectae de 1752*, sua radical ressystematização (...), nem sempre considerada feliz. Mas também por meio dessa ressystematização o direito romano influiu sobre o código napoleônico, no qual confluíram opiniões que talvez fossem mais de Pothier do que de Justiniano”. (M. G. LOSANO, *Sistema cit.*, p. 418)

32 – M. G. LOSANO, *Sistema cit.*, p. 417.

33 – A denominação “Código Napoleônico” surgiu apenas em 1807, voltando em 1814 ao título original (*Code Civil*). Em 1852 foi restabelecido o nome Código Napoleônico, desaparecendo em definitivo no ano de 1870, e servindo a partir de então apenas para designar a versão inicial de 1804 (J.-L. HALPÉRIN, *Código Napoleônico – preparação, redação e evolução*, in *Dictionnaire de La Culture Juridique cit.*, p. 230).

34 – É interessante lembrar que Portugal ganhou seu Código Civil, pelo projeto do Conde de Seabra, muito antes da primeira codificação brasileira, onde vigoraram, até 1917, as vetustas Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). As Ordenações Filipinas (de 1603) resistiram – em Portugal e no Brasil – ao fim da União Ibérica em 1640 e, em nosso país, à Independência em 1822 e à Proclamação da República em 1889 (PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução cit.*, p. 65-66).

35 – O direito das *pandectas* corresponde ao direito privado comum, então vigente na Alemanha, de origem romana. Era na verdade uma mescla entre um pouco do direito interno e, em maior parte, direitos estrangeiros recepcionados, entre os quais o Romano era o principal. A máxima fonte desse direito era, precisamente, a codificação justinianeana, formada pelas Institutas, pelo *Codex*, pelas *Novelas* e pelo *Digesto* ou *Pandectas* (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. ao italiano por C. Fadda e P. Bensa, *Il Diritto delle Pandette*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, p. 1-2). A ciência pandectista (*Pandektenwissenschaft*) dominou na Alemanha do século XIX com seu estudo dogmático aplicadíssimo do direito romano e teve como seus mais destacados representantes Windscheid (1817-1892) e Ihering (1818-1892). (J. GILISSEN, *Introduction Historique cit.*, p. 513-517).

36 – A Escola Histórica corresponde ao movimento intelectual que, após o advento da codificação napoleônica, formou-se por juristas não adstritos exclusivamente à lei como fonte, absorvendo também o direito romano e o direito costumeiro francês, através dos quais se deveria compreender o código e as leis revolucionárias. Essa Escola teve o seu grande sucesso na Alemanha, onde juristas acentuavam a noção de Espírito do Povo (J. GILISSEN, *Introduction Historique cit.*, p. 514), advindo daí seu caráter histórico, patrocinado, em especial, pelas camadas burguesas em ascensão e que já começavam a desenvolver uma sensibilidade política independente, da qual surge uma consciência política nacional que integra fortemente o povo ao seu Estado. Dessa consciência a elite pensou que se poderia criar já uma Constituição comum à Alemanha e um Código elaborado por toda a nação, mas a restauração das dinastias após a queda de Napoleão subjugou esses grupos, aos quais restou o caminho de uma renovação interna do direito a par de uma “consciência jurídica histórica e científica” (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte cit.*, p. 401).

37 – É interessante repetirmos, como notícia histórica, o fato de que Savigny era contrário à codificação para a Alemanha, ideia que expôs em sua obra *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Sobre a Tendência do Nosso Tempo para a Legislação e a Ciência do Direito). O embate deu-se entre Savigny e Thibaut, defensor da ideia de um código (J. GILISSEN, *Introduction Historique cit.*, p. 515)

38 – K. LARENZ, *Methodenlehre cit.*, p. 9

enorme rigor técnico e sua magnífica precisão conceitual, que influenciariam, ao longo do nascente século XX, diversas outras codificações, como a da Suíça (1912)³⁹, a da Áustria (1914), a do Peru (1936), a da Grécia (1940) e a de Portugal (1966)⁴⁰. Acerca da influência do BGB sobre o nosso Código de 1916 há que se ter cautela – relativa a certos consensos estabelecidos em torno do Código alemão e que acabaram acriticamente transpostos para o Brasil em relação ao Código anterior⁴¹-, bem como no que toca a essa influência em relação ao Código italiano de 1942⁴².

2.2. A codificação civil brasileira

No Brasil, do projeto de Clóvis Bevilacqua adveio, em 1916, o primeiro Código Civil brasileiro, após mais de 90 anos de frustradas tentativas. A mais importante, sem dúvida, foi o **Esboço** de A. TEIXEIRA DE FREITAS⁴³, que corresponde a verdadeiro monumento jurídico, obra colossal de que todo brasileiro deve se orgulhar, e que, segundo PONTES DE MIRANDA, “nos teria dado o melhor Código Civil do século XIX⁴⁴”.

O **esboço** é um trabalho enorme, que conta quase cinco mil artigos, e, em termos de forma e conteúdo, antecipa mesmo o BGB⁴⁵, pois dividia-se já em uma parte geral e uma especial. A negligência com nossa própria história⁴⁶, no entanto, nos afasta do estudo dessa tão relevante construção.

Ao longo do século XX, tivemos algumas tentativas de reelaboração da codificação civil brasileira. Em 1941, sob comissão composta por Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Filadelfo Azevedo, formou-se um anteprojeto de Código de Obrigações. Já em 1961, no Governo de Jânio Quadros, é convidado Orlando Gomes para a elaboração de um anteprojeto de Código que abrangia direito de família, direitos reais e direito das sucessões, enquanto Caio Mário elabora o anteprojeto de Código de Obrigações. As

39 – O Código Civil suíço apresenta maior clareza de linguagem em relação ao BGB, afastando-se do tecnicismo deste último. Mas a grande singularidade do direito suíço é o fato de as obrigações integrarem um Código separado [o Código Federal Suíço das Obrigações] (O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 20.ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 51).

40 – M. J. ALMEIDA COSTA, *História* cit., p. 463-464.

41 – Recomenda-se a leitura do artigo de O. L. Rodrigues Junior, A Influência do Código Civil Alemão de 1900, in *Conjur* – Direito Comparado (junho de 2013). O autor faz um interessante traçado da influência do BGB em nosso anterior código, expondo e combatendo as velhas (e em geral pouco verdadeiras) críticas aos dois diplomas – tidos como puramente alinhados ao liberalismo do século XIX, daí derivando-se o consenso de que se constituíram em codificações individualistas e patrimonialistas.

42 – PONTES DE MIRANDA, enaltecendo as indiscutíveis qualidades do BGB, lamentava que o Código italiano não lhe houvesse buscado inspiração para a constituição da Parte Geral, fruto da doutrina pandectista (*Tratado* cit., p. XXII).

43 – “Teixeira de Freitas é o gênio do direito civil na América. A Consolidação das Leis Civis, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o Esboço do Código Civil representam o que de melhor se tem, em direito civil, em toda a América. É o inspirador dos Códigos Civis americanos que apareceram depois de 1860 e – se bem que superior ao Código Civil [de 1916] seja, em quase tudo, o Esboço – a maior fonte do Código foi este projeto(…)” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e Evolução* cit., p. 89).

44 – No prefácio à 1ª edição de seu *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. XXIV.

45 – M. G. LOSANO, *I Grandi Sistemi Giuridici*, trad. ao port. por Marcela Varejão, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 298.

46 – Negligência do Brasil que, em compensação, transformou-se em acolhimento entre os Argentinos, já que pelas mãos de Dalmacio Vélez Sarsfield, grande jurista platino, influenciado diretamente pelo *Esboço*, a Argentina ganhou seu primeiro Código Civil em 1869 (quase meio século antes da primeira codificação brasileira, portanto).

tentativas, frustradas embora, dão sinal da atividade que ia se erigindo em *prol* de um novo Código.

Em 1969 incumbe-se do anteprojeto de Código Civil uma comissão presidida por Miguel Reale e integrada por José Carlos Moreira Alves (Parte Geral), Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Direito de Empresa), Ebert Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões).

Tendo tramitado durante longo tempo, é aprovado pelo Congresso Nacional, sob a Lei n. 10.406, no dia 10 de janeiro de 2002. Entra em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, enfim, o novo Código Civil brasileiro, marcado pelas cláusulas gerais e pelos já famosos “três princípios vetores” – socialidade, operabilidade e eticidade. As pretensões da nova codificação foram a manutenção da estrutura do código de 1916, com as modificações necessárias na forma; a preservação da codificação como lei base do direito privado; e a tentativa de incluir o quanto possível as leis especiais.

No entanto, dentre todas as diferenças objetivas em relação ao Código anterior, a mais destacada foi a reunião do direito das obrigações civis e comerciais (unificação do direito privado, de modo mais amplo), com a inserção de um livro de “Direito de Empresa”, pelo que restou revogada toda a primeira parte do Código Comercial de 1850⁴⁷. Com isso se tornou realidade enfim o objetivo de Teixeira de Freitas, cujo gênio imortal já havia feito, século e meio antes, a proposta de unificação, rejeitada pela “mediocridade circundante⁴⁸”.

3. O rompimento com o sistema.

3.1. A ideia (ampla) de descodificação do Direito – Um traço da contemporaneidade.

Desde meados do século XX, doutrinadores apontam um processo de descodificação no Direito Civil, e que, particularmente em nosso momento histórico atual, são substituídas pela franca decomposição do sistema orgânico do Código. O ponto alto do problema está no fato de que muitos hoje são favoráveis à proliferação dos chamados **microssistemas**.

Em relação ao primeiro ponto – percepção do fenômeno da descodificação em meados do século XX - coube a N. IRTI uma das primeiras exposições. O autor italiano, em

47 – Código Civil de 2002, art. 2.045. “Revogam-se a Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei n. 556, de 25 de junho de 1850”.

48 – F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado cit.*, p. XXIII.

sua obra *L'età della Decodificazione*⁴⁹, apontava uma derrocada do Código Civil (no caso o italiano de 1942), mercê da transformação profunda na Europa após a Segunda Guerra, com o advento do Estado Social, o que abraçou também a legislação do velho continente⁵⁰.

Do autor português ANTUNES VARELA temos também uma teoria conhecida nesse mérito. Segundo ele – na esteira de IRTI -, com o fim do segundo conflito mundial temos o advento por excelência do processo de descodificação, após diversas fases em que o Código Civil, conservando embora sua marca de centro da ordem jurídica e disciplinador dos fatos atinentes à vida dos indivíduos⁵¹, começava a ceder espaços para a legislação especial, mormente em razão das profundas alterações socioeconômicas que desde o fim da Primeira Guerra vinham ocorrendo⁵².

Como se percebe, o plano de análise do processo descodificatório segue, sinteticamente, uma modificação nas bases econômicas e sociais sobre as quais se assentava o Código, impondo-se a necessidade de uma regulação mais incisiva, que desse conta dos novos fenômenos. Tal regulação, como sabemos, concretiza-se com a referida legislação especial⁵³.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁵⁴, assim considerava:

“a celeridade da vida não pode ser detida pelas muralhas de um direito codificado. Acontecimentos, ora na simplicidade da existência cotidiana, ora marcados pelos de maior gravidade, exigem novos comportamentos legislativos. Em consequência, um edifício demoradamente construído, como é um Código, vê-se atingido por exigências frequentes, necessitando de suprimentos legislativos.”

Na sequência, o autor dá um traçado breve do processo, que de fato ocorreu no Brasil, de uma produção legislativa voltada à especialização em certas matérias, com *“leis mais curtas, mais especializadas, de mais fácil manuseio”*. Na esteira de Antunes Varela, sugeria a fragmentação mais expressiva do direito civil, obtendo-se daí um Código de Família, um Código de Obrigações, um Código de Sucessões, etc. E acabava concluindo, já nas edições mais recentes de sua obra, que no Brasil, com a aprovação do Código de 2002, não foi essa a opção de nosso legislador⁵⁵. Como vemos, é bastante clara a

49 – Milano, Giuffrè, 1978.

50 – Uma excelente síntese das ideias de descodificação (contando também com ótima manifestação crítica) é de L. B. TIMM, *Descodificação, Constitucionalização e Reprivatização do Direito Privado – O Código Civil ainda é Útil?*, in *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v.3, 2008.

51 – *O Movimento de Descodificação do Direito Civil*, Estudos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.503-504.

52 – J. M. ANTUNES VARELA, *O Movimento de Descodificação* cit.

53 – Há quem diga que, em nosso país, a descodificação já pode ser verificada com a Constituição de 1934, que começa a dar o contorno social da propriedade. É assunto pouco discutido, mas esse provável 'marco inicial' nos parece válido; L. B. TIMM, *Descodificação* cit., p. 21.

54 – C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 22.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2012, v.1, p. 73-74.

55 – C.M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições* cit., p. 74-75.

influência do pensamento de ANTUNES VARELA sobre o referido autor brasileiro. Tanto assim que, em sua obra, CAIO MÁRIO o afirma expressamente⁵⁶.

Para ORLANDO GOMES, a perda de generalidade e completude do Código, mercê da legislação extravagante, retira da codificação sua razão de ser. Este autor chegava a criticar a denominação “leis especiais”, porque seu uso poderia transmitir a ideia de que o Código ainda seria a ordem geral das relações jurídicas civis⁵⁷.

Como se pode perceber, não foi tímida a sugestão doutrinária acerca da descodificação do direito civil no século XX. Mas em termos práticos é de se reconhecer que, no último quartel do “breve século” o fenômeno deu lugar ao processo de **recodificação**. Tanto foi assim que entre nós nasceu o Código Civil de 2002, que engloba maior quantidade de matérias em comparação ao Diploma anterior, e se especializa bastante em tantas outras⁵⁸.

Mas a previsão daqueles autores, falhando embora⁵⁹, não perdeu o substrato de análise sobre o qual se debruçava. A produção legislativa extravagante, inflada mesmo ao longo do século anterior, não perdeu força. Ao contrário, recrudescer entre nós marcadamente.

Dessa forma, o aparente arrefecimento das ideias de descodificação – em termos orgânicos, isto é, falando-se num rompimento com o código enquanto estrutura – foi, no Brasil, simplesmente um fruto da vitória da codificação de 2002, e talvez da ambição excessiva do conteúdo das referidas teses. No entanto, certas correntes passaram a agir com maior firmeza e, proclamando sua tendência pró-descodificação, elaboram os chamados “microssistemas”, na esteira da produção legislativa exagerada que mencionamos. Veremos, a partir de agora, como se dá esse processo.

56 – “Nessas minhas reflexões não poderia me omitir quanto às propostas de João de Matos ANTUNES VARELA, as quais me ajudaram a consolidar minhas convicções, já amplamente conhecidas, no sentido da descodificação do Direito.” (C. M. S. PEREIRA, *Instituições* cit., p. XXIX prefácio). Registre-se que Caio Mário, como dito anteriormente, foi responsável pela elaboração de um projeto de Código de Obrigações. Se isso demonstra, por um lado, sua aplicação concreta em prol de uma descodificação – entendida como abandono do Código Civil como elemento necessário de unidade de toda a matéria atinente às relações interprivadas - por outro desmente qualquer ideia de que lhe aprovesse um esfecelamento completo da ordem civil (o que hoje parece ser defendido já por muitos), pois o autor não deixava de observar a estruturação orgânica própria de um código. Parece que seu entendimento se aproxima mais da ideia de perda de centralidade do diploma civil e, talvez, da subsunção de toda matéria à Parte Geral.

57 – “A maré montante das leis especiais atesta, com efeito, a impossibilidade da codificação, eis que não podem ser reduzidas a um sistema construído com outro método, outra lógica e outra filosofia. Parecerá a um jurista de breves análises que sua proliferação se deve simplesmente ao atraso histórico do Código Civil, bastando, para atualizá-lo, acertar o passo com a dinâmica da realidade dos novos tempos. Seria, porém, desconhecer o espírito das leis que estão esvaziando o Código Civil. É somente por uma questão de comodidade de linguagem que se continua a chama-las leis especiais ou extravagantes, como se o Código ainda fosse, ou pudesse ser, a disciplina geral das relações jurídicas próprias da sociedade civil.” (O. GOMES, *Introdução* cit., p. 53).

58 – Em certas matérias a especialização do atual CC chega a ser tão marcante que pode suscitar dúvidas acerca da solução do conflito de leis. No entanto, a considerar essa especialização do Código em alguns pontos, pode-se cogitar de sua superioridade em relação a leis formalmente especiais que, materialmente, são “menos especiais” que o Código nessas determinadas passagens. É uma discussão interessante.

59 – O próprio Natalino Irti acabou, nos anos 90, reformulando sua teoria, passando a ser menos extremista em relação à “fuga” do Código e revelando um processo de marginalização da codificação, que se torna residual em relação ao resto da legislação. Esta, por sua vez, passa a ocupar um lugar geral.

3.2. Os microsistemas

Para além da proposta geral de uma descodificação na segunda metade do século XX, vacilante desde o nascedouro pelo tom pouco incisivo, há movimentos mais bem delineados, com proposições já em aberta consideração nos círculos doutrinários e - talvez perigosamente – no meio legislativo.

São manifestações favoráveis a uma fragmentação do sistema jurídico pátrio, no sentido de criar os chamados “microsistemas”. ANTUNES VARELA já fazia menção a eles como satélites na órbita do ordenamento, subordinados a princípios particulares de regência⁶⁰, engrossando a chamada legislação setorial que, preocupante, colocava em risco a unidade do sistema⁶¹.

Não seria mais uma operação total de “divisão” do Código, nem uma produção em massa de leis especiais, mas um trabalho de positivação de normas específicas sobre certos e determinados ramos do direito civil, aos quais se pretende dar configuração independente. Esses atingem níveis tão elevados de autonomia que adquirem até mesmo um acervo de legislação processual correspondente, formando-se então o **microsistema**.

Decorrem daí, por óbvio, substanciais consequências. A principal delas acabaria sendo o rompimento com a estrutura e com a sistematicidade, vistas na sua conformação orgânica. Basta a essa conclusão o avanço pelo caminho inverso do inicialmente exposto. Se o código, por si só, revela o sistema, a ruptura com a codificação dá claros sinais de diluição deste último.

Também em primeiras linhas, podemos dizer que a ideia de segurança jurídica ficaria bastante ameaçada com a concretização do referido objetivo descodificante, já que o afastamento das bases sólidas de uma construção como é a Parte Geral do Código Civil cria uma dispersão tão acentuada que distancia as relações jurídicas do fio de unidade que sempre as perpassou. Fomenta também essa perda de segurança a legislação excessiva – problema já existente⁶² – e que cresce a olhos vistos.

Além disso, o “manuseio legislativo” de um estatuto – e essa proposição é fundamental – é bem mais fácil do que a mutação de dispositivo de um código civil. É dizer que uma estrutura orgânica como a codificação, em toda a sua abrangência, tem em si o entrelaçamento material que acaba por dificultar uma eventual alteração pelo órgão legiferante em relação ao que nessa estrutura se contém. E esse dado, a seu turno,

60 – J. M. ANTUNES VARELA, *O Movimento de Descodificação* cit., p. 508.

61 – L. B. TIMM, *Descodificação, Constitucionalização e Reprivatização no Direito Privado – O Código Civil Ainda é Útil?*, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* v. 3, 2008, p. 20. O autor, neste ótimo estudo, faz um traçado interessante do processo de descodificação, indicando os principais apontamentos doutrinários e as condições históricas do fenômeno e, por fim, colocando-se a favor da manutenção do Código como elemento central do ordenamento.

62 – R. DIP, *Segurança Jurídica e Crise Pós-Moderna*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 54.

trava íntima relação com o processo de produção do eventual microsistema: trabalho de pressão de grupos de indivíduos, aplicados na edificação de uma estrutura normativa que toque mais proximamente seus interesses.

4. O exemplo dos microsistemas em direito de família.

4.1. A surpreendente concretização das novas ideias.

Da exposição que até aqui fizemos, talvez a maior dificuldade esteja em visualizar a factibilidade de tantas previsões. Mas seria ledó engano imaginar que nada disso encontra acolhida no país.

Exemplo dessa “microsistematização” pós-moderna encontramos no assim chamado **Estatuto das Famílias**. O original Projeto de Lei n. 2.285/2007, de autoria do Deputado Sergio Barradas Carneiro – mas elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) -, propunha uma nova conformação legislativa para o Direito de Família, estabelecendo que fosse revogado todo o Livro IV do Código Civil de 2002, bem como a legislação de direito processual e material correspondente.

O Projeto modificou-se pelo Substitutivo n. 674/2007, de autoria do Deputado Eliseu Padilha, e foi revertido ao Plenário da Câmara após a interposição de recursos pelos parlamentares Eduardo Cunha e João Campos, mesmo tendo havido aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça em 2010.

São graves as modificações propostas nas versões iniciais do projeto, e no mais das vezes totalmente condenáveis. Não cuidaremos de expor aqui todos os pontos problemáticos, pois não é nosso objeto, mas dizemos que sobre os aspectos principais do Estatuto juristas especializados em Direito de Família já fizeram substanciais críticas, as quais seguimos sem vacilar. De nossa parte a crítica é ao rompimento com o sistema do Código Civil caso viesse a se concretizar o intento⁶³.

Já em 2013, a senadora Lídice da Mata apresentou o PL n.470/13, referente ainda a um “Estatuto das Famílias”, nos mesmos moldes do anteriormente citado e sob a intenção de adaptar o direito de família à moderna configuração da entidade familiar. Novamente a iniciativa foi do IBDFAM. O Projeto segue em análise no Senado.

63 – Sobre o tal estatuto escreveu a professora Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, no capítulo introdutório da obra de Washington de BARROS MONTEIRO, por ela atualizada: “Esperamos que o aqodamento com que alguns agem, inspirados por vaidades pessoais, com vistas à substituição do Livro de Direito de Família do Código Civil por um denominado estatuto das famílias, o que acarretará a quebra ou rompimento do sistema do Direito Civil e eivará de inconstitucionalidades o direito de família, seja enxergado pelos verdadeiros juristas e receba a repulsa do Congresso Nacional (...)” (Curso de Direito Civil – Direito de Família, 42.ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 31).

No mesmo ano de 2013, o deputado Anderson Ferreira propôs o Projeto n. 6.583/13, relativo ao chamado **Estatuto da Família** (agora no singular), com viés muito distinto do proposto no Senado. Segue na Câmara com relatoria do deputado Ronaldo Fonseca, que no final de 2014 apresentou substitutivo ao projeto.

4.2. A guerra política toma o lugar da construção jurídica

Os Estatutos (tanto o do Senado quanto o da Câmara), como era previsível, transformaram-se em objeto de jogo político, utilizados por uns e outros como forma de cristalizar ideais, retirando do processo legiferante o suporte jurídico que, em tese, deveria lhe ser sempre caro.

Ainda que a tramitação não logre êxito, podemos dizer que a ideia já foi longe demais. Confiar em eventual estagnação do legislador quanto a esses microsistemas, julgando que por isso o “novidadismo” perdeu força, é pecar por excessiva ingenuidade. Se surgem as propostas e são discutidas, isso é indício claro do vigor com que grassa a proposição de ruptura sistemática e, mais ainda, da forma com que se dará essa ruptura: através do esfacelamento da estrutura orgânica elementar da ordem jurídica. A partir daí será muito mais fácil aplicar novos referenciais metajurídicos aos particulares sistemas, dando vitória política a qualquer grupo que consiga fazer seu “código particular”.

O jogo político que se estabelece a partir de proposições do nível do Estatuto da(s) Família(s) é muito preocupante. Pouco sobra, em uma análise jurídica – que o avanço da tal ideia já permite fazer – de salutar nessa sugestão de microsistema. Se a família, apesar das revoluções que hoje se proclamam no direito que a rege, se mantém como base da sociedade e objeto da especial atenção do Estado, isso já serve para repudiarmos essa colocação estatutária aberta a atuações políticas extremamente divergentes entre si.

Uma eventual aproximação (para fins de defesa dos projetos) aos outros estatutos, como o do Idoso e o ECA, não tem sentido, pois o direito de família se constitui por uma miríade de relações que precisam de uma orientação normativa do porte do Código Civil, não podendo utilizar-se do (já enfadonho e duvidoso) discurso da “modernização” para simplesmente fragmentar um sistema. Essa ruptura só é de se aceitar em casos de derivação específica, quando há necessidade de uma tutela direcionada a determinado grupo já naturalmente integrante da sociedade (como os idosos e as crianças e adolescentes, justificando-se, assim, seus respectivos estatutos).

O microsistema em direito de família, na realidade, é a afirmação de que grupos se digladiam sob um viés altamente ideológico, e esses mesmos grupos pretendem corporificar suas ideologias em sistemas à parte. Não podendo vencer a luta jurídica – pois contra si corre a construção teórica de dois mil anos – apelam para a guerra

política, atropelando a sistematização e a organicidade do código para proclamarem-se vencedores, ostentando, assim que conseguirem, o seu Estatuto, a sua lei, o seu “satélite autônomo” – retomando a expressão de ANTUNES VARELA. Ousamos dizer que, nesses casos, o satélite é “artificial”, e não natural.

O possível encontra limites no direito, que talvez a política não tenha fincado. Da opinião popular ou dos consensos ideológicos os grupos de pressão colhem suas armas. Mas a nenhum deles, quando falamos dos tais estatutos (das famílias ou da família), assiste alguma razão jurídica, pelos motivos que nos propusemos a expor. E se, pela só existência, cabe rejeitá-los, tanto mais assim devemos fazer pelo especial conteúdo que abrange – família e direito de família⁶⁴. Apresentados esses fatídicos exemplos, ousaremos indicar, na sequência, alguns argumentos que corroboram nossa oposição à ideia de microssistema, de modo geral.

5. Considerações críticas genéricas.

5.1. Argumentos contrários à descodificação

Seguem alguns pontos como síntese de nossa crítica genérica à descodificação através da legislação especial exagerada. São fatores que elegemos para justificar nossa hipótese – adiante melhor explanada – de que o Código deve permanecer como centro da ordem civil. Assim, caso se produzam em escala ainda maior os microssistemas, teremos:

a) Insegurança jurídica: Embora constitua tema controverso, pois são muito diversos os apontamentos que sobre si recaem, a ideia de segurança jurídica não perde seu vigor. Muitos podem relativizar os meios de sua obtenção, ou questionar os rumos históricos da consecução de um estado de coisas que permita a segurança. Mas ninguém colocará em xeque a existência mesma do princípio. Tendo os códigos, historicamente, assumido uma função de previsibilidade, seu esfacelamento provocaria um abalo na segurança jurídica.

b) Perda da Parte Geral como referência da ordem jurídica civil: As excessivas legislações marginais, e ainda a criação dos microssistemas, acabariam por afastar essas normas da aplicação dos princípios gerais do Código Civil, fugindo do regramento estabelecido na Parte Geral. Esta, por sua vez, consubstancia o acervo elementar da vida civil, seja em sua parte estática (das pessoas e dos bens) seja em sua porção

64 – Diz R. B. TAVARES DA SILVA que, além do problema da quebra de sistematicidade, “o referido PL [Estatuto das Famílias] está evadido de inconstitucionalidades, ali inseridas sob um falso manto do chamado afeto” (Curso cit., p. 36) e arremata incisivamente afirmando que “o discurso de que o Estatuto das Famílias haveria de revolucionar o direito de família é vazio e não se sustenta, sendo que não há reais ou vantajosas novidades em relação ao Código Civil em vigência, muito menos que justifiquem a formação de um microssistema de direito de família dentro do nosso sistema codificado” (Curso cit., p. 45).

dinâmica (dos fatos jurídicos), sendo ambas frutos indiscutíveis de um trabalho sólido de descoberta, dilapidação do mundo real, e não de mera criação jurídica.

c) Desracionalização do ordenamento: A construção do Código Civil – como dos códigos em geral, dá-se sobre uma sistemática pretensamente eficaz. A sistematização, conforme expusemos, é de existência inegável no (e através do) código e exerce um papel significativo na aplicação do direito (mesmo pelos que eventualmente a desprezem). Tendências de descodificação e legislação marginal excessiva quebram a sistematicidade do ordenamento, dificultando, no fim das contas, a aplicação do direito.

d) Complexidade excessiva do sistema (ordenamento) jurídico: O excesso de fontes legislativas, incidentes sobre matérias facilmente subsumíveis ao conteúdo já disposto no Código Civil, retira a simplicidade de organização e, somada aos outros problemas, dificulta a solução de conflitos normativos (relembre-se da situação que mencionamos a respeito das partes do código que, muito embora inseridas no “ pilar ” da ordem civil, são mais especiais do que outras leis dedicadas a tratar com especialidade da matéria coincidente. Nesses casos, com a unidade do código, apesar do problema, a solução não é muito complexa, pois tem-se ao menos a visualização unitária e ordenada do sistema).

e) Abertura à manipulação legislativa: O manuseio legislativo é um grande mal do processo de ‘microsistematização’. Mas o que envolve essa situação – em muito condicionando-a – é a complexidade que se produz no ordenamento diante do rompimento com a estrutura codificada. A diluição do sistema facilita a penetração, nele, de proposições erráticas (porque desgarradas da parte geral), e isso, somado a atuação incisiva dos grupos que pressionam politicamente os legisladores, cria um quadro bastante claro de manipulação. Ousamos dizer que, com a concretização desses objetivos – partilhando-se o sistema entre uma sorte de grupos de interesses – chegaríamos a uma **feudalização** do direito civil.

Essas nossas últimas proposições, para que sejam bem compreendidas, exigem alguma explicação acerca de modernas tendências no pensamento jurídico brasileiro, o que faremos na sequência.

5.2. O estágio atual do pensamento jurídico brasileiro. neoconstitucionalismo e pan-principiologismo.

O neoconstitucionalismo – muito embora seja difícil defini-lo em termos exatos⁶⁵ – corresponde, sinteticamente, à reformulação das bases do Direito Constitucional, que

65 – Para J. O. GALVÃO, o neoconstitucionalismo, se bem que já amplamente aceito no Brasil, tem definição plurívoca, o que em muito se deve a diferentes concepções filosóficas dos autores que discorrem sobre o referido movimento. (*O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 56.)

passa a absorver teorias como a dos direitos fundamentais e a da eficácia valorativa da Constituição. A modificação paradigmática abrange também a expansão da jurisdição constitucional e uma assim chamada “nova interpretação constitucional”⁶⁶.

É um traço da contemporaneidade, surgido no pós-guerra e inserido, genericamente, no ambiente filosófico do pós-positivismo. No Brasil, o fenômeno encontra seu marco inicial a partir da Constituição Federal de 1988, quando a Constituição atinge seu apogeu, em contraste com a até então recente “desimportância”⁶⁷.

Não obstante sua elevada motivação, o neoconstitucionalismo acabou por se mostrar uma via aberta para o ativismo judicial e, evidentemente, para uma arbitrariedade que contradiz o Estado de Direito. Felizmente, o empenho de alguns tem conseguido expor os graves problemas da teoria⁶⁸, e diversos juristas já manifestam sua franca oposição ao movimento.

Já o chamado pan-principiologismo – termo utilizado por L. STRECK - corresponde à invasão dos princípios na ordem jurídica, ou, nas palavras do autor, a uma “verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade”⁶⁹, a partir da que temos a abertura para a discricionariedade dos juízes, que passam a ocupar, com o estímulo do “decisionismo” atual, um lugar antes reservado à doutrina na construção do conhecimento do direito⁷⁰. Mas qual seria a relação entre esses dois “movimentos” e a ideia de produção de microssistemas?

Não cremos que seja exagerada uma proposição nesse sentido. Se no início a descodificação operava contra uma proclamada insuficiência do diploma civil, atentando-se à necessidade de que a lei acompanhasse mais proximamente os avanços da sociedade – seja lá o que isso signifique - hoje a noção mais aplicada de microssistema reporta-se a algo bem menos admirável.

A nova configuração – neoconstitucional e panprincipiológica - toca especialmente o direito civil, que nessa toada passa a ser chamado de direito civil **constitucionalizado**, orientado para valores e princípios – como dignidade da pessoa humana e função social – e voltado à problemática social contemporânea. Seguramente podemos dizer que

66 – L. R. BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 519-520.

67 – L. R. BARROSO, *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 519.

68 – Em recente obra Jorge Octavio LAVOCAT GALVÃO expõe, com rigor, os perigos representados pelo Neoconstitucionalismo, que abre espaço para a arbitrariedade, para o extremo ativismo judicial e, assim, para uma insegurança que dilui os fundamentos do Estado de Direito. O autor, tecendo substancial crítica, conclui acidamente: “Normas e regras jurídicas fazem parte de um vocabulário antiquado. Fala-se agora em princípios, valores, fins, standards, conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, enfim, toda matéria-prima que confere maior margem à manipulação dos resultados por parte dos intérpretes. A indeterminação dos textos legais é paradoxalmente festejada e admirada. Quanto mais abstrato, mais sentido tem. O que tem significado é que passa a ser insignificante”. (*O Neoconstitucionalismo* cit., p. 308)

69 – *O Pan-principiologismo e o Sorriso do Lagarto*, in *Conjur* (março de 2012).

70 – L. STRECK, *Hermenêutica* cit., p. 142.

“adjetivos, discursos hiperbólicos e afirmações panfletárias não faltam para descrever esse direito civil pós-moderno⁷¹”.

Deixando de lado os antigos “princípios gerais de direito” – que em alguns pontos vão resistindo – caímos no constitucionalismo principiológico, que tenta a todo custo justificar a si mesmo a partir da ideia de descoberta dos **valores** sob o texto da lei, positivados precisamente através de princípios. Isso, numa visão concentrada, nem sequer afasta os novos teóricos do positivismo que tanto criticam e julgam superar⁷².

Além das considerações objetivas – em muito metodológicas – há colocações a fazer acerca do caráter metajurídico dessa modernidade sôfrega, bem como sobre a estrutura dos “novos princípios”, em si mesmos considerados. Assim, temos que o exagerado apego à promoção individual do ser, bem como pela elevação desmedida dos princípios jurídicos a uma posição de supremacia tão severa que retirou-lhes o conteúdo jurídico⁷³ – ou pior, a possibilidade de estudar e construir tal conteúdo – restou um quadro bastante complexo em nosso direito.

Há uma mistura irrefragável de objetos, que confunde a ideia de busca por valores (tendência axiológica) e a análise científica do Direito enquanto conhecimento (aspecto epistemológico), como se existisse uma interpenetração necessária entre ambas.

De acordo com O. L. RODRIGUES JUNIOR⁷⁴, em excelente estudo,

“Não é correto, por conseguinte, dizer que o Direito Civil clássico e a tradição de civil law, nele baseada, são contrários a valores. Esse é um raciocínio que subverte os termos da equação. É adequado afirmar que se pode proceder à análise interna do Direito (e do Direito Civil, especialmente), sob a égide dos postulados kelsenianos. Os valores, nesse caso, não seriam tomados como referenciais externos de correção do Direito, da mesma maneira como a eficiência econômica. É nítido que o problema está

71 – O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na Tradição de Civil Law em Face do Neoconstitucionalismo e dos Princípios*, in *O Direito* 143 (2011), II, pp. 43-66, cit. p. 48.

72 – “Por isso alguns juristas compreenderam mal o sentido do novo Constitucionalismo. Explicando melhor: por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegetico (sintático) e o positivismo normativista (semântico), pensaram que o ‘neoconstitucionalismo’ seria a forma de superar o exegetismo. E, para isso, apelaram para a busca de valores que estariam ‘escondidos’ por debaixo dos textos legais. Com isso, não foram além de Kelsen. E esse é o ponto fulcral do problema. Talvez por isso o neoconstitucionalismo seja subdividido em metodológico, ideológico e normativo. Ora, pensar assim é apenas colocar o neoconstitucionalismo como uma continuidade do velho positivismo, e não como autêntica ruptura. Esse problema também se repetiu na equivocada compreensão do sentido dos princípios conceituados como ‘positivação de valores’ ou a ‘sofisticação’ dos velhos princípios gerais do direito, que, como se sabe, não passavam de axiomas” (L. STRECK, *Hermenêutica* cit., p. 78-79)

73 – Mencionamos, como contraposição a essa tendência, o artigo de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO: *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista da Faculdade de Direito da USP (97), 2002. Nesse valioso estudo, o autor faz um traçado da noção de dignidade da pessoa humana em nossa civilização, e procura assentar seu conteúdo jurídico, buscando – e conseguindo – fugir dos clichês que envolvem, hoje, o referido princípio. Assim, afirma que “o Direito do século XXI não se contenta com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do ‘bando dos quatro’ – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e Jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão ‘dignidade da pessoa humana’”. (p. 111-112).

74 – *Estatuto Epistemológico* cit., p. 49.

em fazer a escolha entre fatores de correção externos ou internos. Esse realmente é o cerne do problema”.

L. STRECK faz também uma importante intervenção neste tema – especialmente no que tange às repetidas críticas ao positivismo kelseniano, transformado no “espantinho” do pensamento jurídico contemporâneo. O autor afirma que KELSEN cuidou de estabelecer um objeto para sua investigação, mas as teorias posteriores não compreenderam suas ideias e misturaram os “níveis” de linguagem⁷⁵.

Dessa mistura imprópria entre momentos do Direito surge também a contaminação do estudo doutrinário e da produção acadêmica. Obras relevantes são negligenciadas ou, o que é pior, lidas erroneamente, como é o caso do ensaio de CANARIS⁷⁶ sobre a relação entre os direitos fundamentais e o direito privado, a partir do qual muitos advogam pela incidência imediata da lei fundamental – e dos princípios, obviamente – sobre a atividade jurisdicional, o que o referido autor alemão não defendeu⁷⁷.

Além disso, a falta de cuidado com os ‘momentos’ do Direito acaba por ocorrer também no interior da discussão metodológica, onde igualmente impera um sincretismo enorme, em geral autorizando a si próprio – através de metadiscursos que já se tornam conhecidos – como marca da resolução de problemas e da justiça do caso concreto (expressão tão levemente utilizada)⁷⁸.

5.2.1. Novamente o exemplo do direito de família

Em direito de família a situação é grave. Toda exposição, hoje, parte da noção vaga de afeto, que vai forçadamente substituindo os tradicionais fundamentos metajurídicos dessa seara⁷⁹.

75 – Nas palavras do autor: “(...) se Kelsen teve o cuidado de construir o seu próprio objeto de conhecimento – e, por isso, é um autêntico positivista –, a teoria pós-kelseniana, que não compreendeu a amplitude e profundidade do neopositivismo lógico, acabou por fazer essa mixagem dos dois níveis (metalinguagem e linguagem-objeto). A partir dessa má-compreensão, os juristas pensaram que o juiz seria o sujeito pelo qual, no momento da aplicação do direito (...), passaria a fazer a ‘cura dos males do direito’”. Assim é que, conclui STRECK, “o que em Kelsen era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes semanticistas passou a ser a solução para as insuficiências do direito”. (Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, 10.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 77).

76 – *Grundrechte und Privatrecht*, trad. ao port. por I. W. Sarlet e P. Mota Pinto, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003. O autor, discorrendo sobre a eficácia dos direitos fundamentais sobre a aplicação do direito privado, é claro ao advertir que “*incurrer-se-ia numa inadmissível petição principii se se concluísse sem mais, a partir daqui, que os direitos fundamentais são imediatamente eficazes, na aplicação e desenvolvimento jurisdicional do direito privado, logo pelo simples facto de os órgãos jurisdicionais também serem mencionados no art. 1º, n.3, da LF [refere-se à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha]*” (p. 39). Diz o art. 1º, n. 3 da LF: “Os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o poder executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente”.

77 – A percepção desse “erro de leitura” sobre a obra de Canaris é também indicada por O. L. RODRIGUES JUNIOR, *A Influência do Código Civil Alemão de 1900, in Conjur – Direito Comparado* (junho de 2013).

78 – Nesse sentido MENEZES CORDEIRO: “O abandono das grandes construções jusfilosóficas deu lugar a um ecletismo redutor: perante os diversos problemas, todas as correntes do pensamento são, em princípio, chamadas a depor. Tal postura só é possível à custa de uma simplificação das doutrinas, com custos evidentes para a sua profundidade”. (introdução a C.-W. CANARIS, *Systemdenken* cit., p. XXXI).

79 – O. L. RODRIGUES JUNIOR, *Limites da Intervenção Judicial na Separação de Bens*.

É comum dizer que a família passa por uma revolução, relacionada justamente à centralização da afetividade⁸⁰ (que já nem sabemos se é, afinal, princípio ou sentimento, ou ainda uma mescla peculiar de ambos). Sobre isso tratamos em outro lugar⁸¹, e remetemos o leitor ao referido trabalho.

Limitamo-nos a acentuar que prospera com velocidade aterradora, em nosso tempo, o utilitarismo sentimental da maioria⁸², que no seu afã dominador joga por terra as bases sólidas (e sistemáticas) do ramo, sob o pretexto de permitir uma “libertação individual” desde há muito esperada. Resta saber se haverá algum êxito nesse projeto, ou se o sujeito pós-moderno, desgarrado já de uma perspectiva racional, acabará perdendo o controle de sua vida e de suas experiências.

De todo modo, um efeito dessa situação é justamente o que aqui abordamos: a produção de uma construção legislativa à margem do Código Civil, em atendimento aos grupos que se pretendem dominantes – ideologicamente, é bom repetir – na área do direito que mais proximamente toca os indivíduos, o direito de família. Tudo isso é algo que passa muito longe daquela ideia de legislação que, numa sociedade em transformação, visa simplesmente ajustar o mundo jurídico ao mundo real. Aqui, pelo objeto de nossa abordagem, percebemos que a intenção é “forçar as coisas”, criando-se um sistema à parte sob o aparentemente infalível pretexto de acompanhar as mudanças da vida.

6. O que fazer diante desse quadro?

6.1. O papel fundamental da doutrina na salvação do Direito brasileiro.

Estamos diante de uma transição bastante dolorosa no direito brasileiro. A influência irracional dos princípios, o atropelo das correntes de pensamento, a euforia do processo democrático, a erupção de um verdadeiro sincretismo metodológico, tudo parece conspirar contra a Ciência do Direito Civil. E, conspirando contra ela, vai destruindo suas bases sólidas, arrefecendo a segurança jurídica, corrompendo o raciocínio aplicado e aniquilando a visão verdadeiramente ampla das questões jurídicas.

Nessa confusão geral, as dúvidas inicialmente levantadas, em geral buscando as soluções do problema, passam a convergir para um clamor já bastante desesperado: a quem incumbirá a reversão desse quadro?

80 – L. R. BARROSO, *Curso de Direito Constitucional* cit., p. 407.

81 – V. o nosso artigo *A Banalização do Direito de Família*, in ARPEN - Informativo Mensal n. 155, janeiro de 2015, p. 8 ss.

82 – J. C. SANAHUJA, *Poder Global y Religión Universal*, trad. ao port. por L. Carvalho, *Poder Global e Religião Universal*, Campinas, Ecclesiae, 2012, p. 31.

A resposta – embora não ignorando que seja sempre salutar esperar de toda a comunidade o desvelo para consigo mesma -, não pode dar passagem a devaneios utópicos. É que cabe rigorosamente à doutrina, exercendo seu natural papel, restaurar o Direito brasileiro, especialmente o Direito Privado.

Não se nega que o aspecto cultural do direito exista e ingresse no problema metodológico da atualidade⁸³, e nem que seja preciso romper com uma estrutura sistematicamente fechada, de tempos já pretéritos⁸⁴, colocando o direito a par da realidade social. Essas constatações são de se aceitar. Mas nenhuma delas significa a imposição da ruptura com o sistema do direito civil. O conjunto estrutural-científico desse ramo se perpetua, admitindo o apuramento reflexivo que avalie o estágio de desenvolvimento de seus conceitos, tudo alocado na esteira de uma evolução típica do pensamento, sem criações grosseiras e artificialismos que visem uma “quebra” pura e simples.

Admitir-se um direito que elege como seu *prius* o “problema jurídico”⁸⁵, como se vê, não deve excluir a ideia de sistema e, cá entre nós, não pode aniquilar a validade de um código. Isso significa que, quando falamos em abertura sistemática, ou quando mencionamos o caráter cultural do direito, fazendo menção aos problemas metodológicos, estamos voltando o pensamento, especialmente, para o caso da realização do Direito.

A estruturação científica, de rigor técnico, não impede a reflexão sobre a **aplicação** jurídica, que lhe é posterior, assim como não tem o condão de desviar nosso olhar dos problemas mais comumente enfrentados nessa aplicação – como o caso das lacunas e dos conceitos abertos. Assim, reconhecer o problema jurídico como do direito não afasta o rigor sistemático ou a precisão no trato jurídico, considerando aqui o independente momento epistemológico do direito civil, que, sendo corretamente realizado, auxiliará substancialmente nas demais etapas.

A. HERNÁNDEZ GIL⁸⁶ afirma que a cientificidade não se dá para a elaboração das proposições normativas ou a aplicação do direito, sendo que, em verdade, o conhecimento jurídico-científico dirige seus resultados primacialmente para outras atividades. Mas determina o autor que a elaboração de leis precisa contar com uma ciência, seja em relação aos enunciados em revisão ou produção, seja sobre a temática atinente ao caso⁸⁷.

83 – A MENEZES CORDEIRO, introdução a C.-W. CANARIS, *Systemdenken* cit., p. LXI ss.

84 – F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. ao port. por A. M. Hespanha, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 722.

85 – A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, in *Stvdia Ivrdica* 1 – Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 142.

86 – *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, 2.ed., Madrid, Editorial Civitas, 1981, p. 55.

87 – A. H. GIL, *Problemas Epistemológicos* cit., p. 56.

Esse conhecimento científico, evidentemente, não se deve condicionar pelas leis. Se assim fosse, a clássica e tão repetida sentença de KIRCHMANN⁸⁸ seria verdadeira: *“Três palavras retificadoras do legislador, e bibliotecas inteiras se convertem em lixo”*. Sobre essa colocação ácida, basta dizer que a variabilidade das leis apenas modificaria a ciência do direito se o objeto desta se consubstanciasse unicamente no aparato legislativo⁸⁹. Nada mais irreal e superado, já que o abandono do exegetismo de outrora - mesmo que não tenha mirado propriamente o aspecto científico do direito, mas sim a interpretação jurídica –, arrefece o absolutismo do texto legal e das ‘palavras retificadoras do legislador’⁹⁰.

A ciência do direito, assim, não se acorrenta nem à produção da lei nem ao caso concreto, tendo na verdade uma independência. PONTES DE MIRANDA, na introdução a seu colossal Tratado, repetia vigorosamente as palavras de Ihering - *“A ciência precisa, para ser verdadeiramente prática, não se limitar ao prático”*⁹¹.

E acrescentava magistralmente que,

*“O direito que está à base da civilização ocidental só se revestirá do seu prestígio se lhe restituirmos a antiga pujança, acrescida do que a investigação científica haja revelado. Não pode ser justo, aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sobre direitos, pretensões, ações e exceções”*⁹².

E o que percebemos agora, senão que há mesmo elementos diversos, e que o sincretismo metodológico fracassado de nossos dias pós-modernos demonstra cabalmente a veracidade dessa afirmação?

Da ideia kelseniana de “moldura” no sistema jurídico já se depreendia o espaço ocupado pelo trabalho do julgador, ao tomar contato com o caso concreto a ser decidido. Esse espaço, em muito reportando-se a uma insuficiência da lei – algo que Kelsen não negava, julgando mesmo fosse inevitável⁹³ - sempre clama pelo seu preenchimento⁹⁴.

88 – *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1848

89 – A. H. GIL faz a seguinte observação acerca da crítica de Kirchmann: *“Hay, sin duda, câmbios y variaciones en las leyes. Cuál es, sin embargo, el verdadero alcance de la variabilidad? Por lo pronto, la predicable de las leyes no alcanza en igual proporción al Derecho mismo. A veces las palabras rectificadoras introducen modificaciones secundarias, más bien formales o de detalles, y no autenticamente de fondo. El uso lingüístico por el que se introduce un neologismo em una lengua no es un cambio de ésta como sistema, de la misma manera que no introduce un cambio en el sistema jurídico la ley que, por ejemplo, amplía un plazo prescriptivo. Si éstas no son variaciones, las que alcanzan a serlo vienen compensadas y hasta frenadas por la permanencia de la estructura conformadora del pensamiento jurídico. Posiblemente hay mayor continuidad em él y em sus encarnaciones institucionales que em otras muchas facetas del pensamiento humano, científico y cultural”*. (*Problemas Epistemológicos cit.*, p. 18).

90 – Mas é importante destacar que *“diversas teorias críticas do direito (...), como é a teoria da argumentação jurídica – não conseguem fazer mais do que superar o positivismo primitivo (exegetico), ultrapassando-o, entretanto, apenas no que tange ao problema ‘lei=direito’, isto é, somente alcançam o ‘sucesso’ de dizer que ‘o texto é diferente da norma’ (na verdade, fazem-no a partir não de uma diferença, mas sim de uma cisão [semântico-estrutural], cortando qualquer amarra de sentido entre texto e sentido do texto)”* (L. STRECK, *Hermenêutica cit.*, p. 76).

91 – *Die Wissenschaft darf, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken. Tratado de Direito Privado*, p. 26.

92 – *Tratado cit.*, p. 26.

93 – L. STRECK, *Hermenêutica cit.*, p.

94 – Daí o vazio intelectual dos que propõem a “novidade revolucionária” do uso de princípios jurídicos na realização do direito: princípios, uma vez positivados, integram a normatividade. Aplicá-los diretamente, e sem rigor algum, nada mais é que apegar-se ao

Mas há algo que, embora evidente, há que ser dito: a atividade do juiz não pode se converter em uma criação jurídica totalmente solta de regras, amparada tão somente pelos nobres ideais que porventura carregue. E nem se pode acusar um novidatismo das ideias que assim proclamam. É que, a rigor, essa ideia de liberdade criadora do julgador – inclusive contra a própria lei - já nasceu e morreu há bastante tempo: foi a face da Escola do Direito Livre⁹⁵, na França, por exemplo.

Mas apesar da obviedade da exposição, a verdade é que já vamos caindo nesse “território livre”, onde surge a figura do juiz que, lastreado nos vetores principiológicos (ou melhor, na **enxurrada** de valores que invadem o ordenamento), firma-se na sua supremacia hercúlea de “realizador do direito”, e que, na verdade, nada mais faz do que repetir facilmente, sem esforço de compreensão concreta, a parêmia do direito contemporâneo: dê-me o princípio, que te dou o direito.

6.2. A manutenção do pensamento sistemático. Em defesa da codificação e da epistemologia do Direito Civil.

Não é possível compreender os âmbitos especiais do direito privado sem ter uma visão segura de conceitos elementares e das regras gerais, fornecidas pelo direito civil⁹⁶. Este último, em sua Teoria Geral, perfaz a “disciplina nuclear de todo o direito privado⁹⁷”. Para isso não se pode prescindir da unidade sistemática – externa – e da compreensão do papel elementar da estrutura orgânica do Código Civil.

O entendimento de IRTI – em suas concepções mais recentes, isto é, posteriores ao “radicalismo” da ideia de descodificação -, de que o código avança para a condição **residual**, cedendo lugar de generalidade à legislação extravagante, não se pode ignorar. É constatação necessária para que possamos entender a intensidade e o perigo de muitas das teorias que grassam entre nós. Lastreados em princípios, formam-se grupos poderosos, que vão criando seus próprios sistemas, tímidos ao arranque, quase soberanos ao cabo.

Surge daí a necessidade de preservação do rigor metodológico e da estruturação do pensamento científico desse ramo do direito. Mais que isso, carecemos de uma

direito positivo irreflexivamente.

95 – A Escola do Direito Livre “opôs ao positivismo – que negava ao juiz a possibilidade de uma criação livre do direito, ao remetê-lo para uma tarefa de subsunção em relação à lei ou aos conceitos científicos – que a decisão jurisprudencial se baseava não em processos intelectuais mas em processos intuitivos, sobretudo assentes nos sentimentos do juiz. Ela tirou daqui a conclusão de que o juiz está legitimado e mesmo obrigado a desviar-se da lei sempre que considerar injusta ou inadequada a sua aplicação a um dado caso”. (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* cit., p. 671).

96 – K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. ao espanhol por M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA, *Derecho Civil – Parte General*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 8. O autor sintetiza a ideia em fórmula clara: “Los principios dominantes en la totalidad del Derecho privado, si bien en diverso grado, aparecen en su forma más palmaria em el Derecho civil” (p. 8). Lembremos que LARENZ via nos princípios o reflexo externo da unidade intrínseca valorativa (axiológica) do Direito (*Methodenlehre* cit.)

97 – J. O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 3.ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 11.

retomada epistemológica, de certo modo “distribuindo” tarefas no universo jurídico, havendo dedicações rigorosas ao raciocínio acerca do próprio conhecimento e apreensão do Direito, outra sobre seu método e sobre a interpretação e aplicação.

É sobre o aporte estrutural já cientificamente estudado que se devem elaborar as construções novas. Os elementos essenciais como a propriedade⁹⁸, o contrato, a responsabilidade civil devem ser continuamente submetidos a um processo reflexivo, mas sua eventual reconstrução dogmática não pode prescindir da legislação civil (codificada), sem escorar-se exclusivamente em princípios⁹⁹ – muitas vezes desprovidos de conteúdo jurídico. Essa preservação cognoscitiva estruturada, portanto, tem sua base no Código Civil, que deve permanecer como eixo do direito civil e, assim, pilar do direito privado¹⁰⁰.

7. Conclusão

Como fica claro por essa brevíssima exposição, à doutrina cabe a difícil tarefa de retomar a unidade do pensamento sistemático, lutando para erguer novamente o direito civil à sua condição independente enquanto Ciência e segura no paradigma de sua aplicação.

É preciso, nesses tempos de transição, um esforço de bom senso em meio ao caos. Da decadência evidente que enfrentamos no direito civil deve surgir a luz de sua própria salvação. A destruição – arquitetada, planejada – de um sistema e de seu objeto, traz consigo o germe do renascimento. Mas não se pense que podemos, mercê dessa conclusão, aguardar inertes o ressurgir da razão que se tem perdido.

Milênios de formação não podem ser despejados nas latrinas da história, como se intentássemos defenestrar, por uma inspiração irracional de forçar o avanço consequencial do tempo, – em cuja conta sempre se coloca a responsabilidade pelas esdrúxulas novidades - toda a edificação intelectual que estabeleceu o portentoso legado de nossa ciência jurídica.

98 – Por exemplo: a falta de rigor científico – e de conhecimento histórico – leva alguns a cometerem certas gafes jurídicas, que temos visto com lamentável constância, como a de dizer que a estrutura do direito subjetivo de propriedade foi invadida pelo princípio da função social. Na verdade, o que há modernamente é uma “justaposição” da função social ao direito subjetivo. Contra todos os clamores contrários a essa formulação, nela persistimos, pois é o que por excelência evita interpretações absurdas da lei e aplicações arbitrárias do direito.

99 – L. B. TIMM, *Descodificação cit.*, p. 27. E esse mesmo autor questiona: “Por que descartar 2.000 anos de evolução da dogmática jurídica civil? Como resolver problemas práticos da vida privada sem o Código Civil? O que tem de tão bom na Constituição de 1988 que precise fazer com que se esqueça da boa técnica civilista? Por que destruir a dogmática da propriedade, do contrato, da responsabilidade em nome de vagos princípios constitucionais?” (p. 24).

100 – L. B. TIMM, *Descodificação cit.*, p. 22. O autor destaca que as leis especiais simplesmente desmistificaram o Código enquanto elemento de totalidade, *i.e.*, capaz de esgotar em si toda a miríade de relações jurídicas da sociedade, mas que isso não significa que a codificação tenha perdido sua importância. Assim conclui que “[o Código] deve permanecer como um Código central, isto é, responsável pela unidade de todo o sistema jurídico de Direito Privado, atualmente espalhado em diversos microsistemas sem qualquer ligação entre si, pelo menos se se quiser manter uma ideia de sistema” (*Descodificação cit.*, p. 23)

Querer descodificar o direito civil – ideia que, como demonstramos, cambaleou desde que nasceu e acabou dando lugar a objetivos mais específicos e menos ortodoxos - e mixar sua base epistemológica com sua aplicação, fragmentando seu sistema, só poderá facilitar a dissolução dos átomos resultantes no caldo imenso dos “neo” e dos “ismos”.

Diante disso, surge clara a missão do jurista brasileiro no século XXI: é necessário aplicar-se no estudo e na captação intelectual rigorosa do direito civil, para dar novamente as linhas sistemáticas e permitir que, a partir da separação dos momentos diversos, seja garantida a segurança, a certeza em seu máximo grau, a clareza na exposição e, acima de tudo, a verdadeira Justiça.

Uma justiça que tem se curvado e deixado que o fiel da balança tombe para o lado do socialmente mais forte, já que, na quase igualitária fila da distribuição de valores e de comercialização de princípios, quem paga mais costuma chegar primeiro aos pretórios superiores, onde as teses mais estapafúrdias têm encontrado acolhimento.

Reduzindo, a poucos termos, nossa missão: se as teorias de panfleto apontam um caminho, é na contramão deste que devemos nos colocar. E se, da pressão de grupos surge a ideia de romper com o código, a cruzada jurídica deste século impõe, desde logo, defendê-lo na sua integridade e abrangência. Não devemos permitir que sejam comercializadas, numa espécie de mercado negro do direito, partes do esforço e da reflexão que, indiscutivelmente, inserem-se na base da própria Civilização Ocidental.

8. Bibliografia

ALLAND, Denis e RIALS, Stéphane (coord.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, trad. ao port. por I. Castilho Benedetti, *Dicionário da Cultura Jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2012.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *História do Direito Português*, 5.ed., Coimbra, Almedina, 2012.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, 8.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2014.

ANTUNES VARELA, João de Matos, *O Movimento de Descodificação do Direito Civil*, in Estudos em Homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 1984.

ARRUDA, José Jobson, *Nova História Moderna e Contemporânea – Da Transição Feudalismo-Capitalismo à Guerra de Secessão dos Estados Unidos*, Bauru, Edusc, 2005, v.1.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral. Introdução. As pessoas. Os Bens*, 3.ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, Revista da Faculdade de Direito da USP (97), 2002.

BARROS MONTEIRO, Washington de, *Curso de Direito Civil – Direito de Família*, atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva, 42.ed., São Paulo, Saraiva, 2012, v. 2.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 5.ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, trad. ao port. por A. Menezes Cordeiro, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Grundrechte und Privatrecht*, trad. ao port. I. Wolfgang Sarlet e P. Mota Pinto *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, in *Stvdia Ivridica 1 – Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das Juristische Denken*, trad. ao port. por J. B. Machado, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2014.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, São Paulo, Saraiva, 2014.

GIL, Antonio Hernández, *Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica*, 2.ed., Madrid, Editorial Civitas, 1981.

GILISSEN, John, *Introduction Historique au Droit*, trad. ao port. por A. M. Hespanha e M. Macaísta Malheiros, *Introdução Histórica ao Direito*, 7.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2013.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 20.ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

IHERING, Rudolf Von, *Der Geist des Römischen Rechts*, trad. ao port. por Rafael Benaion, *O Espírito do Direito Romano*, Rio de Janeiro, Alba, 1943, v.1.

IRTI, Natalino, *L'età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1978.

KASER, Max, *Römische Privatrecht*, trad. ao port. por S. Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, *Direito Privado Romano*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1999.

KÜMPEL, Vitor Frederico, *A Banalização do Direito de Família*, in ARPEN – Informativo Mensal n. 155, janeiro de 2015.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft*, trad. ao port. por J. Lamego, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, trad. ao esp. por M. Izquierdo y Macías-Picavea, *Derecho Civil – Parte General*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LOSANO, Mario G., *Sistema e Estruttura Nel Diritto – Dalle Origini Alla Scuola Storica*, trad. ao port. por Carlo Alberto Dastoli, *Sistema e Estrutura no Direito – Das Origens à Escola Histórica*, São Paulo, Martins Fontes, 2008.

_____. *I Grandi Sistemi Giuridici*, trad. ao port. por Marcela Varejão, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

MARRONE, Matteo, *Instituzioni di Diritto Romano*, 3.ed., Palermo, Palumbo Editore, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

_____. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928.

REALE, Miguel, *Horizontes do Direito e da História*, 3.ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz, *Estatuto Epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na Tradição de Civil Law em Face do Neoconstitucionalismo e dos Princípios*, in *O Direito* 143^o (2011), II, 43-66.

_____. *Limites da Intervenção Judicial na Separação de Bens*, in *Conjur – Direito Comparado*, (outubro de 2012).

_____. *A Influência do Código Civil Alemão de 1900*, in *Conjur – Direito*

Comparado (junho de 2013).

RUGGIERO, Roberto de, *Instituzioni di Diritto Civile*, 6.ed. trad. ao port. por Paolo Capitanio, *Instituições de Direito Civil*, at. por Roberto Benasse, Campinas, Bookseller, 1999, v. 1.

SANAHUJA, Juan Claudio, *Poder Global y Religión Universal*, trad. ao port. por L. Carvalho, *Poder Global e Religião Universal*, Campinas, Ecclesiae, 2012.

STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*, 10.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *O Pan-principiologismo e o Sorriso do Lagarto*, in *Conjur* (março de 2012).

TIMM, Luciano Benetti, *Descodificação, Constitucionalização e Reprivatização no Direito Privado – O Código Civil Ainda é Útil?*, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* v. 3, 2008.

VILLEY, Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, trad. ao port. por Claudia Berliner, *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. ao port. por A. M. Botelho Hespanha, *História do Direito Privado Moderno*, 4.ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2010.

WINDSCHEID, Bernard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. ao italiano por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, *Il Diritto delle Pandette*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925, v. 1.

A Dignidade da Pessoa Humana e a Reserva do Possível sob a Luz do Controle do Poder Judiciário

Mirna Graces
Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos em Uberlândia-MG e Pós Graduada pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus em Direito Constitucional Aplicado com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior.

Resumo

Este artigo expressa a dimensão da dignidade humana, sua eficácia ante os Direitos Fundamentais e a Reserva do Possível. A dignidade da pessoa humana é dotada de uma valorização suprema que origina, institui, interpreta e aplica normas constitucionais brasileiras. Os direitos sociais são caracterizados por elementos de defesa e têm consequências fragmentadas. Sua aplicabilidade depende de prestações estatais positivas e orçamento disponível. Serão abordados temas referentes à Teoria do Mínimo Necessário e o limite da atuação do judiciário na concretização de políticas públicas. Por derradeiro, a ação do Ministério Público em razão da escassez de serviços públicos de qualidade.

Palavras-Chave: Dignidade humana, Direitos Sociais, Reserva do Possível, Controle Judicial.

Abstract

This article expresses the dimension of human dignity, their effectiveness against the Fundamental Rights and the booking is possible. The dignity of the human person is endowed with a supreme value that originates establishes, interprets and applies Brazilian constitutional standards. Social rights are characterized by elements of the defense and have fragmented consequences. Their applicability depends on positive state benefits and the available budget. Issues related to the theory of Minimum Necessary and limit the role of the judiciary in the implementation of public policies will be addressed. For the last, the action of the prosecution because of the shortage of quality public services.

Keywords: Human Dignity, Social Rights, the possible reservations, Judicial Control.

Introdução

“Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem

*estabelecida à separação dos poderes não tem Constituição*¹. A supremacia e a sua declaração são recursos exigidos pelo Estado Democrático de Direito a uma Constituição Federal, incluindo também os instrumentos de controle dos Poderes. Complementando os requisitos, verificamos que as Cartas contemporâneas têm características relevantes à eficácia dos direitos e das garantias fundamentais. A efetivação da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, está subordinada, dentre outros fatores, à concepção adotada na ordem jurídica. Sua eficácia atribui aos princípios constitucionais e aos instrumentos processuais o exercício dos direitos fundamentais. Após breve análise das conjunturas econômica, política e jurídica, observa-se que o Brasil possui uma das maiores economias do mundo, com desempenho bastante expressivo na América Latina, além de destaque no cenário mundial. O país viveu um processo de redemocratização nos últimos vinte e cinco anos com a elaboração da Carta Magna de 1988 e o fortalecimento do exercício da cidadania. No entanto, mesmo com as perspectivas positivas e tendo alcançado redução na desigualdade social nas últimas décadas, ainda há um número populacional com poder aquisitivo insuficiente e sem acesso aos direitos sociais prestacionais. A carência da melhoria da condição de vida dos nacionais está expressa na escassez de serviços públicos de qualidade.

Não há intenção em esgotar o tema referente à Dignidade da Pessoa Humana, os Direitos fundamentais, sua aplicabilidade, o enfrentamento perante a reserva do possível e o controle do judiciário, mas, sim, de demonstrar as controvérsias existenciais que resultam em ineficácia e ausência efetiva dos direitos dos cidadãos. O descumprimento dos direitos sociais resulta numa das principais problemáticas do constitucionalismo moderno, principalmente em países emergentes. Ao instituir a Constituição Federal de 1988, não foi incluída a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e das garantias fundamentais. Porém, foi incorporada como princípio valorativo fundamental que nortearia toda a ordem constitucional.

A Dignidade da Pessoa Humana

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, e que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade, não obstante considerar que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, sendo essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito para que o homem não seja compelido como último recurso à rebelião contra a tirania e a opressão. Os povos das Nações Unidas reafirmaram na Carta sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na

1 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão-art.16

*igualdade de direitos dos homens e das mulheres os quais decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla juntamente os Estados-Membro que se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, a observância desses direitos e liberdades, e que uma compreensão consensual e de liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.*²

Origem e Concepção

É um atributo efetivo do ser humano que sofreu evoluções históricas, sendo anteriormente um ideal subjetivo, o qual resultara de reflexões filosóficas originárias de um idealismo cristão. A posteriori, foi positivada com finalidades de promover mecanismos que pleitearam sua efetivação. Dessa forma, entende-se que a consciência da dignidade humana está escrita desde os primórdios da antiguidade, a qual teve seu reconhecimento na ordem religiosa, passando, depois, pela ordem natural e sendo finalmente inserida como positivada com o nascer das declarações e, conseqüentemente, sua inclusão na Carta Constitucional de vários países. Segundo a história da humanidade, o garantidor da dignidade da pessoa humana tem a sua gênese ligada ao Cristianismo com³ fundamentação ideológica que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, sendo-lhe conferido valor intrínseco. Em razão de ter em sua essência a identidade do homem com seu criador, e conseqüentemente o ser humano ao ter sido concebido à imagem e semelhança de Deus, levou o Cristianismo a considerar que⁴ toda pessoa humana é dotada de um valor próprio que lhe é inerente, não se sujeitando a ser reduzido a mero instrumento ou objeto. Em análise ao Velho Testamento, percebe-se que o homem é de vital importância, tendo destaque sobre a supremacia econômica do universo e que conforme os relatos hebraicos:⁵ O homem é o ser supremo da terra, e que a vida é o que se tem de mais sagrado. Dessa forma, por meio de uma harmonia da evangelização foi atribuído ao homem um valor absoluto, uma igualdade entre os seres humanos. Esse pensamento de equivalência intrínseca a todos os homens e demonstra que o ser humano é concebido à imagem e á semelhança de Deus tornando evidente a existência de uma dignidade na pessoa humana. Considerando ainda que após o advento do Cristianismo a ideia de dignidade humana iria encontrar o fundamento para sua⁶ afirmação histórica e conseqüentemente sua evolução, a qual abriria espaços para seu desenvolvimento, reconhecimento, aplicabilidade e sua promoção. Desse modo, a entender sua vinculação ao cristianismo, solidifica o pensamento de identificação do ser humano com seu criador.

2 – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

3 – Então Deus disse: “Façamos o homem à nossa imagem e semelhança”. [...] E Deus criou o homem à sua imagem [...]. Cfe. Gênesis. Português. In: Bíblia Sagrada. Trad. de Ivo Stomilolo e Euclides Martins

4 – GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. RJ: Renovar, 2003, p. 130.

5 – Hannah Arendt, filósofa política alemã, analisou as grandes privações da liberdade geradas pelas tiranias totalitárias do Estado Moderno. Ficou conhecida como a “pensadora da liberdade”. A reflexão da autora foi examinada em um diálogo livre por Celso Lafer na obra “A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt”.

6 – ANDRADE, 2007, p. 71.

Evolução Histórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A história do homem tem seus registros oriundos de grandes embates com a finalidade de construir um mundo civilizado, com mútuo respeito e isonomia entre os indivíduos. Conforme discorre⁷ Fábio Konder Comparato, verifica-se a existência de várias fases na histórica quanto à elaboração do conceito de pessoa humana e da sua dignidade. E prosseguindo, o autor explica que foi na⁸ Grécia, particularmente em Atenas, que a lei escrita tornou-se fundamento da sociedade política. Para os atenienses, a lei escrita é o grande antídoto contra o arbítrio governamental, e cita Eurípedes que expressou na peça “As Suplicantes”: uma vez impressa às leis, o fraco e o rico gozam de um direito isonômico; o fraco pode responder ao insulto do forte e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”. Os vestígios da institucionalização de dignidade da pessoa humana na antiguidade clássica poderão ser verificados devido à preocupação das leis em resguardar e proteger o indivíduo, podendo ser confirmado por meio através⁹ do Código de Manu e do Código de Hamurabi. Com a evolução da sociedade, ficou evidente que o principal propósito do referido código estava relacionado com a vingança, o que não colaboraria com as aspirações de uma sociedade justa e igualitária. Novos princípios surgiram visando às garantias como: direito à vida, à dignidade, à honra, à família e à propriedade. “Os privilégios não poderão ser ignorados nos cumprimentos das leis.”. O reconhecimento do valor da pessoa humana predominante frente às outras formas de vida teve origem com o cristianismo, e de acordo com os dogmas religiosos, o homem foi criado pelas mãos divinas.¹⁰ A concepção de dignidade humana teve sua institucionalização através advinda da filosofia cristã, visto uma vez que possuía uma visão mais individualizada da pessoa e não a interpretava como um mero membro da sociedade, de acordo com os preceitos greco-romanos.

Características do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Muito embora a¹¹ dignidade humana já seja reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico, e ser intrínseca ao ser humano, ela não existe apenas onde é reconhecida pelo direito, e sim, por que já que constitui reconhecimento prévio, autônomo na positivação do Direito. Isso significa dizer que, independente de o Direito positivar lei que protege a dignidade da pessoa humana, essa pessoa, pelo simples fato de pertencer à natureza humana, já possui direito à dignidade. Além de possuir valores superiores que bens patrimoniais, a dignidade deve ter bases dimensionadas nos ideais

7 – COMPARATO Fábio Konder A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo, SP:Saraiva, 1999. p. 11-30Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402 320.

8 – (COMPARATO,2005, p. 12-13).versos 434-437

9 – CÓDIGO DE HAMURABI. In: CARLETTI, Amilcare. Brocardos Jurídicos, 1986

10 – PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado Lima Júnior e Fermentão - A eficácia do direito a dignidade da pessoa humana 321

11 – MORAES, op. cit., 2000, p. 60.

de direito e de justiça.¹² O princípio da dignidade humana escapa à vontade, à apreciação ou ao julgamento da pessoa humana, e ela a própria pessoa não tem liberdades para apreciação do que é ou não digno para ela. Nenhum ser humano pode abrir mão de sua dignidade, independentemente do valor monetário, não sendo possível abrir mão gratuitamente ou alienar a dignidade, em razão de que, por mais que o homem tenha sua dignidade respeitada, ele não é titular desse direito para poder dispor ou alienar. Segundo¹³ Mirandola, autor renascentista italiano, a ideia de dignidade está baseada em uma potencialidade concebida, que se traduz em um diário aprendizado de um labor continuado e de assíduo aprimoramento. O que se percebe nesse sentido é um grau de maior ou dignidade, ao encontro da proporcionalidade do compromisso do homem com as verdades. Há também a característica da dignidade humana a qual resume, na realidade que, enquanto os demais seres têm uma natureza determinada específica, condicionante e limitativa de suas atividades, o homem é o único ser liberto desta natureza condicionante, uma vez que é o autor de sua própria natureza e projeto de si mesmo. Enfim, para este autor renascentista, a dignidade humana está muito além de ser algo dado, terminado e mecanicamente fixo, visto que o homem se constrói por si mesmo, em razão de sua perfeição estar condicionada com sua liberdade. Segundo ideias de Kant, o filósofo Königsberg reforça que coisas têm preço, porém a pessoa humana é dotada de dignidade.¹⁴ Através dos ensinamentos Kantianos, a filosofia definiu o ser humano como um ser único, inestimável e o diferenciou dos demais seres vivos. Desse modo, nenhum ser humano poderia ser tratado como animal e como escravo, devendo todos ter seus direitos respeitados. Complementando, foi o primeiro a diferenciar o ser humano dos animais e da propriedade, haja vista que os escravos eram considerados como coisas, como propriedades dos senhores feudais. Em razão desse pensamento, os escravos começaram a ter seus direitos humanos e sua dignidade respeitados.

Os sistemas Governamentais e a Dignidade da Pessoa Humana

¹⁵A história do direito à dignidade humana tem seu fundamento nos sistemas governamentais e os motivos políticos, sociais e ideológicos. O poder é a forma como o Estado governa a sociedade. O poder, quando concentrado nas mãos de um ditador, será nepótico, absolutista, que ao satisfazer seus poderes, torna evidente a ação negativa do Estado que se abstém de direitos individuais.¹⁶ O Estado, cujas ações de seu governante visem a apenas benefícios próprios, buscando o seu bem particular e deixando à margem os direitos e a evolução de uma sociedade, estará excluindo as pessoas de terem condições mínimas para uma vida digna, e nada faz para resolver

12 – SARLET, op. cit., 2002, p. 40.

13 – MIRANDOLA, 2006, p. 55. 25 MIRANDOLA, 2006, p. 57. 26 MIRANDOLA, 2006, p. 57. 27 ANDRADE, 2007, p. 79. 24

14 – SILVA José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 212, 1998, p. 89-94.

15 – COMPARATO, op. cit., 1999, p. 90.

16 – MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 28.

essa injustiça social, é omissivo, denominado de Estado Liberal. A institucionalização dos direitos sociais, que tinha objetivos de resguardar e proteger a sociedade de medidas omissas governamentais, fazendo com que o interesse social fosse alcançado, exigiu do Estado uma ação positiva, contrapondo-se ao liberalismo, permitindo que tudo pertença a todos, buscando sempre o bem comum coletivo. Porém, o indivíduo apenas fazia parte da sociedade, não lhe sendo conferidos os direitos individuais, tendo apenas deveres com a sociedade, refletindo, então, o Estado totalitário. O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o alicerce para a criação do Estado Democrático de Direito. No século XX¹⁷ a dignidade da pessoa humana foi valorizada por meio da Declaração dos Direitos Humanos em dezembro de 1948, um dos fatos históricos mais marcantes para ratificar a origem do princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente, foi instituído em 1951 a Organização dos Estados Americanos, na qual o Brasil foi signatário. Sob os auspícios dessa organização internacional, foi assinado em São José da Costa Rica, no ano de 1969, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Com objetivos de preservar o respeito ao ser humano, a Constituição Federal de 1988 se preocupou tanto em proteger a dignidade humana, elevando-a como princípio fundamental da República do Brasil. Desse modo, todos os artigos constitucionais e tratados internacionais deverão respeitar tal princípio para ser aceito na legislação brasileira e, da mesma forma, as demais leis infraconstitucionais devem sempre respeitar a supremacia do princípio fundamental da dignidade humana.

O Direito Positivado sua Eficácia x Dignidade Pessoa Humana

*“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”*¹⁸ A proteção da dignidade da pessoa humana é a base de todo ordenamento jurídico e também constitui objetivo último do Direito. Onde houver ausência do respeito pela vida, integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem valoradas, onde não houver limitações ao poder e a isonomia, a liberdade e a autonomia não forem reconhecidas e minimamente asseguradas, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.¹⁹ Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da

17 – CAVALCANTE, op. cit., 2009, p. 57.

18 – DUDH-art 1º assembleia Geral das Nações Unidas 10/12/1948.

19 – SARLET, op. cit., 2002, p. 59.

vida em comunhão com os demais seres humanos.”²⁰ O Direito á dignidade da pessoa humana explícito em nosso ordenamento jurídico é um princípio fundamental insculpido em nossa Carta Constitucional. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.²¹ A garantia da dignidade humana inserida em nossa Carta Magna como base da republica estabelece limitações aos poderes constituinte, executivo e legislativo, incluindo também os procedimentos sociais. Para que a existência humana esteja sob proteção, tanto no campo psicológico quanto físico e intelectual, faz-se necessário sua efetiva aplicação, uma vez que deve ser entendida como um direito de todos e sua eficácia é uma forma garantidora constitucional de vida digna. Princípio Supremo constitucional, a dignidade da pessoa humana é um alicerce para todo o ordenamento jurídico²². A dignidade da pessoa humana foi instituída como princípio a partir do poder constituinte na Carta Magna de 1988, sendo o princípio norteador de todos os demais princípios e, simultaneamente, é ligado estruturalmente á vida humana. Ao conceituar a definição de dignidade, é de notória relevância importância considerar o desenvolvimento histórico, seus anseios e suas vitórias alcançadas ocorridas pelas gerações de direitos fundamentais. Vale ressaltar que os direitos fundamentais só serão realizados à medida que houver respeito ao direito da dignidade, entendendo, assim, que nenhum direito fundamental poderá ultrajar a dignidade da pessoa humana.²³ Embora não conceituada como direito fundamental, sendo apenas positivada como direito e fundamento constitucional, a dignidade da pessoa humana deve ser entendida e espelhada como um direito de todos, ou seja, um modelo para ser utilizado como respeito ao ser humano como pessoa.

A Dignidade da Pessoa Humana e sua natureza jurídica

Inicialmente, concebe-se que a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana seja uma norma e que não está restrita quer seja a um postulado filosófico ou a uma declaração. Desse modo, é impossível dizer que a dignidade da pessoa humana é atribuída a requisitos declaratórios ou abstratos se, entretanto não contiver significados jurídicos. Após análise, está presente o questionamento: Trata-se de um princípio ou uma regra? E qual a natureza dessa norma? A Dignidade da pessoa humana está positivada na Carta Constitucional em seu artigo 1º, inciso III, como alicerce para interpretação de normas jurídicas. Para a devida compreensão da dignidade humana como norma, faz-se necessário determinar com clareza os princípios fundamentais do Direito.

Teoria do Mínimo Necessário

20 – José Afonso da Silva, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo 212:89, 1998, p. 91; e Francisco Fernández Segado, La dignité de la personne en tant que valeur suprême.

21 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

22 – SARLET, op. cit., 2002, p. 59.

23 – PEREIRA, Fabio Zonta. Anencefalia e o principio da dignidade. Birigui, SP: Boreal, 2008.

Direitos Humanos X Direitos Fundamentais

Primeiramente, far-se-á uma análise da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais e o relato de forma precisa, e a quem são atribuídas sua proteção. É evidente que em ambos os casos, tanto os direitos humanos e fundamentais, o destinatário da proteção é a pessoa humana. Porém, trataremos aqui do aspecto jurídico na distinção desses dois direitos: Segundo Ingo Wolfgang SARLET, confere ao aspecto espacial da norma o primeiro requisito necessário de distinção:²⁴ Os termos ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ são distintos e tem a seguinte procedência: o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles alusivos ao ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).²⁵ Embora exista uma progressiva positivação interna dos direitos humanos, eles não poderão ser compreendidos como sinônimos, pois sua efetividade é diferente: os direitos humanos são garantias intrínsecas à vida do ser humano, amparados como verdadeiros para todos os Estados e positivados nos diversos instrumentos de Direito Internacional Público; mas em razão de alguns fatores institucionais, não possuem aplicação efetiva e acessível a todas as pessoas. Os Direitos Fundamentais positivados na Carta Constitucional têm parâmetros no princípio da dignidade da pessoa humana e estão evidenciados no preâmbulo que tem propósitos da instituição de um “Estado Democrático”, os quais asseguram a efetividade dos direitos individuais. Além de outras regras que representam os direitos fundamentais, são requisitos necessários para a instituição e o exercício de todos os demais direitos com previsão no ordenamento jurídico. Portanto, é o direito a ter direitos. Embora houvesse avanços, ainda experimentamos a negação de tais direitos, quer sejam no plano individual, quer sejam no plano coletivo, praticados tanto pela omissão estatal. Os grandes avanços tecnológicos e científicos não foram suficientes para a resolução de problemas humanos, tanto na forma geral quanto na forma específica. Foram inaptos tanto para dirimir quanto para prevenir as violações dos direitos humanos. Porém, a evolução da civilização proporcionou a institucionalização dos deveres com os direitos individuais até o alcance dos direitos sociais com objetivo de projeção da isonomia social e, conseqüentemente, a solidariedade social entre todos.

Direitos Fundamentais – Evolução Histórica

As evoluções dos direitos fundamentais ocorreram ao longo da história humana e os valores mais essenciais ao ser humano têm sua organização em um diploma

24 – SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

25 – BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996. Página 516.

legal, com força normativa e detêm uma hierarquia superior às demais leis, regras, resoluções e dispositivos que compõem o ordenamento jurídico, além do reconhecimento da Carta Magna como suprema do sistema jurídico, que institucionalizou a proteção dos direitos fundamentais em nossos tempos. “Os termos propostos utilizados como dimensões ou gerações não são igualmente validados. As gerações seguem a ideologia francesa revolucionária do século XVIII, que tinha como lema “**Liberdade, Igualdade e Fraternidade**”, os quais determinam o conteúdo dos direitos fundamentais e seguem uma coerência histórica da distinção e positivação de tais direitos. Segundo Sarlet, faz-se necessário entender o que esclarecem esses dois termos utilizados pela doutrina jurídica: geração e dimensão. A palavra geração nos remete ao entendimento de substituição, o que não é o caso, pois os Direitos Fundamentais nunca foram substituídos por outros, mas sim, confirmados com os fenômenos espaciais, temporais econômicos e culturais. Por fim, conforme preleciona o autor, a terminologia correta utilizada é dimensão, pois remete a ideia de concessão de direitos alcançados e não de substituição.²⁶ Ao citar Paulo Bonavides,²⁷ Bruno Galindo alerta de forma reflexiva para a impressão terminológica da denominação “gerações” de direitos fundamentais, destacando que o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração” induzindo a existência de uma sucessão cronológica e, portanto, uma suposta decadência dos direitos das gerações anteriores, o que não é verdade.²⁸ Os direitos são ao mesmo tempo direitos subjetivos e unidades fundamentais da ordem constitucional objetiva; Dessa forma, enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais conferem aos seus efetivos a possibilidade de estabelecer os seus interesses em face de órgãos obrigados.

Direitos de Segunda Dimensão: Sociais e Econômicos

Após o fim da Primeira Guerra Mundial, surge no cenário mundial uma ideologia denominada de “Questão Social”, ideologia essa que teve seu nascedouro em razão da concentração de riquezas oposta à pobreza da classe operária e suas condições desumanas. Após denúncias consistentes da realidade que originaram o Liberalismo Político e Econômico agravado, delineou um novo modelo econômico: Socialismo. Os direitos fundamentais de segunda geração assim entendidos como direitos econômicos, sociais e culturais surgem no decorrer do século XX e expressam o princípio da isonomia entre os homens com intensidade na igualdade material. Com suas características de imprescritibilidade, os direitos denominados “Direitos do Bem-Estar” relacionados à saúde, à educação, ao trabalho, à habitação e à assistência e à previdência social, exigem uma prestação positiva do Estado. As teorias socialistas tomam o proletariado como sujeito político e histórico e procuram figurar uma nova sociedade e uma nova política na qual a exploração dos trabalhadores,

26 – SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 9.

27 – (BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.525.

28 – Apud BRUNO, Galindo. Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 67. apud).

a dominação política a que estão submetidos e as exclusões sociais e culturais a que são forçados deixem de existir. Porque seu sujeito político são os trabalhadores, essas teorias políticas tendem a figurar a sociedade futura como igualitária, feita de abundância, justiça e felicidade.²⁹ Os referidos direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais.³⁰ “Na sociedade, existe a necessidade da cooperação e do apoio mútuo. Nela, como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer - se uns aos outros.”³¹ Atualmente, os direitos sociais e econômicos estão garantidos e positivados na Declaração Universal de 1948 e pela Constituição Federal brasileira, assim como os direitos individuais e os direitos de solidariedade.

Direitos Sociais Prestacionais

Os direitos de segunda dimensão, também reconhecidos como direitos sociais, têm o atributo de impulsionar o Estado a programar políticas públicas que tem como finalidade o bem-estar social, exigindo uma atitude mais intensa, contrapondo a isonomia radical do Estado Liberal (direito ao trabalho, educação saúde, assistência e previdência social).³² Em nosso país, há uma carência de um regime jurídico diverso para os direitos sociais (mecanismo de defesa ou de direito a prestações). Em relação aos “direitos, liberdades e garantias”, a eficácia é plena e a sua aplicabilidade é imediata. Já no que diz aos direitos sociais, não existe imediatismo e não estão inseridas, inclusive, entre as cláusulas pétreas.³³ Ademais, o §1º do art. 5º dispõe que: “as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não tendo sido efetuadas diferenciações entre direitos fundamentais clássicos e direitos sociais. Ao se estabelecer plena eficácia aos direitos fundamentais, inserindo os direitos sociais, foi feito um esforço do legislador. O Estado assistencial tem finalidade de suavizar o desequilíbrio social existente, de forma a disponibilizar prestações materiais para que os indivíduos hipossuficientes financeiramente possam tenham acessibilidade à educação, à saúde e à assistência social.

Garantia do Mínimo Existencial e a Reserva do Possível

A doutrina da reserva do possível tem o seu nascedouro na Alemanha, em razão de acórdão no qual os direitos sociais de natureza prestacional que dependessem de custo financeiro do Estado estariam sujeitos à reserva legal e, conseqüentemente, à disponibilidade

29 – Marilena Chauí- Editora ática 2000/ Convite à Filosofia /http://br.geocities.com/mcrost 02/convite a filosofia_42.htm/Unidade 08-O mundo da Prática // Capítulo 09-As Filosofias Políticas -2ª Parte

30 – Norberto Bobbio, A era dos direitos, 18. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

31 – Marilena Chauí, Convite à filosofia, 12. ed., São Paulo: Ática, 2002, p. 406.

32 – (CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474-475). Surge assim a discussão acerca da excecutoriedade desses direitos, eis que apresentam elevadas cargas programáticas, destituídos de exequibilidade;

33 – BIGOLIM, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade do direito social. Disponível em: [HTTP://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm). Acesso em: 10 de maio de 2007.

de recursos.³⁴ A jurisprudência constitucional alemã compreende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está condicionada à disponibilidade desses recursos, e a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos, estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, pela composição dos orçamentos públicos”. Desse modo, essa teoria impossibilita exigências acima do limite básico social.³⁵ ³⁶“Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e decisivos. “Porém, para Holmes e Sunstein a não passa de um mero floreio retórico, pois nada que custe dinheiro pode ser absoluto”. A doutrina jurídica brasileira, no passado, sempre foi aberta a discutir modelos e propostas provindas do exterior. Nesse contexto, a doutrina constitucional alemã e a jurisprudência da Corte Constitucional exercem papel de destaque. No entanto, as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira sem as devidas adaptações.³⁷ Como se não bastassem todas as barreiras à efetivação desses direitos, a reserva do possível cria mais um empecilho para que se isso ocorra, não obstante, isso não pode ser um entrave à efetividade ou à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais sociais. É patente que a efetivação dos direitos sociais sofre limitações por parâmetros de ordem financeira, ou melhor, a denominada reserva do possível, é um redutor fático á efetivação dos referidos direitos.

A teoria da “reserva do possível” muitas vezes utilizada para justificar a escassez de recursos financeiros é aplicável e aceita nos países europeus já amparados pela política social do Welfare State, que bem asseguram o mínimo existencial compatível com a dignidade humana. Porém, não é o caso do Brasil, onde há pouco mais de cem anos, ainda dominava o regime da escravidão, institucionalmente garantido.³⁸ A reserva do possível é uma eventualidade na ordem econômica que não admite ser ignorada, mas sim apreciada pelo aplicador da lei ao dizer se o Estado pode ou não ser obrigado a fornecer determinada prestação. Por outro lado, é notório que o Estado explora com eficiência os instrumentos hábeis à arrecadação de tributação. Dessa forma, não pode fugir da contrapartida impositiva da Lei Maior que é disponibilizar condições materiais imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, assegurando ao cidadão o mínimo existencial.

O Direito à Saúde

O Direito à saúde é um dos integrantes de um complexo de direitos denominados direitos sociais, que têm como referencial a valorização da isonomia entre as pessoas. No

34 – TORRES, Ricardo Lobo. A justfundamentabilidade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2003, v. 12.

35 – KRELL, Andréas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: O (des) caminhos de um direito constitucional. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. v.1.

36 – BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revistas de Doutrina da 4ª Região*, publicado em 30/06/2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br> Acesso em: 15 set. 2007.

37 – (KRELL, 2002, p. 107).

38 – GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão crítica da realidade brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 53.

Brasil, esse direito foi positivado na Constituição Federal de 1988; anteriormente a esse reconhecimento, o Estado disponibilizava atendimento e assistência à saúde para os operários e os trabalhadores com a CTPS devidamente assinada e seus familiares; aos demais cidadãos, não eram oferecidos tais serviços como graça ou caridade. Por ocasião da Constituinte de 1988, os deveres sociais do Estado são reavaliados e configuram que a saúde de todos deva ser uma obrigação. **Art. 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.**³⁹ ⁴⁰A Carta Política de 1988 consagra como fundamento da República, em seu art. 1º, inc. III, a Dignidade da Pessoa Humana. Além disso, o art. 5º, caput, garante a todos o direito à vida, bem que deve ser resgatado por uma única atitude responsável do Estado, qual sejam: o dever de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a todo cidadão que dela necessite. O Direito à Saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida e a uma vida digna. Dessa forma, é incontestável que a eficácia constitucional aos direitos sociais possui suporte no Título II, onde repousam os direitos fundamentais. A previsão Constitucional de 1988, em seu artigo 196, preleciona que é dever do órgão estatal a aplicação de recursos financeiros para a saúde e que esse planejamento esteja pautado na prevenção e na cura, e sua aplicação deverá ser instantânea. Portanto, o Estado, ao exercer sua capacidade jurídica nas ações e nos serviços relacionados à saúde humana, permite a instituição de uma ordem social, objetivando a justiça social e a harmonia, visto que a Carta Magna protege tal direito. Para a realização de uma prestação eficaz do Estado aos cidadãos, no que diz respeito à saúde, faz-se necessário à institucionalização de um sistema social e econômico, valendo acentuar que o artigo 196 ao ser introduzido na Constituição Federal, estabeleceu o direito à saúde como sendo uma incumbência do Estado. Tal dever ocorre pela intervenção do mesmo na consecução do direito à por ações positivas em favor da saúde e não pela sua ineficácia.

Saúde x Ministério Público

O Ministério Público exerce atividade positiva e eficaz na proteção dos direitos sociais propondo ações civis públicas que têm compromissos protecionistas aos cidadãos, em busca da efetiva obrigação assistência social os quais podem ocorrer via judicial ou extrajudicial. O Ministério Público tem a incumbência de fazer valer o acesso aos direitos fundamentais a inúmeros cidadãos que vivem e sobrevivem à margem do direito. Por derradeiro, resta afirmar que a ação do dever público junto à sociedade organizada deve caminhar em sintonia e, em último caso, o Poder Judiciário, por meio do Ministério Público, usar de suas prerrogativas, fazendo valer os preceitos constitucionais,

39 – Artigo 196 CRFB/ Seção II - DA SAÚDE

40 – (ORDACGY, 2007, texto digital).

com o da efetivação do direito fundamental à saúde, cumprindo a nossa Constituição Federal de 1988, pois a negativa do Estado na obrigação prestacional espelha um ultraje ao bem maior que é a saúde e a vida.

A Tutela Jurisdicional e a Aplicabilidade dos Princípios Constitucionais dos Direitos Fundamentais

Direito Fundamental à Saúde

A saúde é um direito fundamental consagrado no artigo 6º, Caput da Carta Constitucional, além de ser um direito conferido a todos os cidadãos, é uma obrigação do Estado, ou seja, na amplitude do Poder Público explícito no artigo 196 da referida carta. Além disso, acrescenta-se também o artigo 197, que preleciona a relevância pública sua realização e controle e o atendimento universal e igualitário às ações e ao serviço, visando a sua defesa, promoção e restabelecimento.⁴¹ Em razão de se tratar um direito distinto e sua ascensão estar agregada a um princípio constitucional de justiça social, há discordância quanto sua aplicação negativa, ocasionando desvario na sociedade, pois o Estado, além de não cumprir com seu dever constitucional prestando um serviço principal à população, ignora que a saúde faz parte da dignidade da pessoa humana e que o bem-estar e a vida com qualidade tenham estatísticas insuficientes. Os objetivos finais constitucionais são a manifestação e a garantia dos direitos fundamentais; o domínio vem a serviço do homem, cumprindo as tarefas constitucionais como as elencadas no artigo 3º, inciso I.⁴² “Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária”, amparados também pelo fundamento do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, inciso III, Dignidade da Pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 incorpora em seu texto o direito à saúde, compreendida de uma forma sistêmica. Ainda de acordo com⁴³ Germano Schwartz, a saúde é um direito fundamental do homem, um exercício da cidadania e um direito público subjetivo oponível contra o Estado. Assim, é a saúde um processo constante de busca de um estado de bem-estar como um objetivo a ser alcançado, conforme o conceito da OMS. Do ponto de vista do indivíduo, cada ser humano deve ter a possibilidade de dispor dos meios indispensáveis para sua efetivação. Muito embora o Estado não possa realizar despesas sem as devidas previsões orçamentárias, o orçamento fiscal tem exigibilidade junto aos órgãos públicos, mas é específico ao orçamento da seguridade social, integrando as atividades da saúde pública, e gerenciando verbas que recebe principalmente de outras entidades.⁴⁴ Conforme as disposições do artigo 165, Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: III - os orçamentos anuais, complementados pelos constantes

41 – Artigos 6º/196/197 – CRFB/1988

42 – Artigo 1º CRFB/88, inciso III.

43 – SCHWARTZ, G., 2001, *Direito à Saúde – Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 223p.

44 – Artigos 165 CRFB/88/ 196 CRFB/88/ 197 CRFB/88

dos artigos 196 a 197, todos da Lei Maior. O artigo 196 assim preleciona: 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. “SAÚDE PÚBLICA”. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS POR ENTIDADE PÚBLICA MUNICIPAL, PARTICIPANTE DO SUS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM PLEITO ORDINÁRIO. DIREITO À VIDA. DEVER COMUM DOS ENTES FEDERADOS.⁴⁵ ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES PRETORIANOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO PODE PENALIZAR O CIDADÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA. Agravo de Instrumento n.º 1999.002.12096, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves, Julgado em 02/05/2000).⁴⁶ Os entes federados têm a obrigação ao zelo da saúde e da assistência pública, da defesa e a garantia das pessoas portadoras de deficiência de saúde, conforme o disposto no art. 23 da Constituição Federal. Dessa forma, não se pode prestar à fuga de responsabilidade a mera arguição de violação ao princípio do orçamento e das normas à realização de despesa pública, quando se verifica que o “Estado”, na condição de instituição de tributo especial dirigido a suplementar verbas de saúde, não o faz com competência devida”. Mesmo sendo divulgado que o número de hipossuficientes é muito, e tem número superior às verbas públicas destinadas ao seu devido atendimento, as verbas públicas, como o próprio nome estabelece, proveem do povo e esse estabeleceu na Carta Magna as prioridades, impondo a discricionariedade política e o gerenciamento administrativo dos recursos.⁴⁷ Consolidou-se a jurisprudência dessa Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 trata norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” Cabe ao Estado, aos poderes públicos e ao legislador instituir vínculos protetivos do direito à vida, nos serviços prestacionais mínimos, tornando eficazes tais direitos em sintonia com a solidariedade dos entes federativos. O federalismo cooperativo recepcionado pela Constituição Federal de 1988 consagrou o tema da saúde pública: a solidariedade dos órgãos federativos, a competência da⁴⁸ União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios inciso II do artigo 23 da CRFB/88.

Segundo⁴⁹ Sueli Dallari: o disposto na nova ordem constitucional instaurada no Brasil em 1988, a proteção, a defesa e o cuidado da saúde estão sob a responsabilidade das três esferas de governo, cujas ações e serviços devem constituir um sistema que

45 – Artigos 196 E 198 CF/88.

46 – (Agravo de Instrumento n.º 1999.002.12096, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves, Julgado em 02/05/2000).

47 – (AI 550.530-Ag R, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.).

48 – Inciso II do artigo 23 da CRFB/88.

49 – DALLARI, S.G., 1988. O Direito à Saúde. Revista de Saúde Pública, 22(1): 57-63.

apresente apenas uma direção em cada uma dessas esferas. Em sua essência, nesse sentido solidário, os entes federativos em relação ao direito fundamental da saúde, obtém-se a compreensão uníssona dos órgãos superiores da Justiça. O princípio da solidariedade está vinculado ao direito civil com previsão legal no Código Civil Brasileiro de 2002, “Art. 265: A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.” Transcreve-se, assim, ementa de anterior Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Humberto Mannes, destaca acórdão paradigma do Supremo Tribunal Federal, na voz do eminente Ministro Celso de Mello, que com percuciência e objetividade, sepulta a vazia alegação de que o direito à saúde encontra-se expresso em norma de caráter puramente programático: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DOENÇA GRAVE. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (S.U.S.), PODER PÚBLICO MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. (Apelação Cível). nº 2002.001.08324, TJRJ.⁵⁰ Embora conjunta a ação dos entes integrantes do Sistema Único de Saúde, pode o necessitado acionar qualquer deles, ante o princípio *concursum partes fiunt*, já que a solidariedade que o excepciona não se presume (Código Civil, art. 896).

“O caráter pragmático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

A confirmação da sentença que condenou a Fundação Municipal de Saúde de Petrópolis a fornecer os medicamentos necessários conforme ordem médica. Tal afirmativa é de significativa relevância, uma vez que o cidadão hipossuficiente ou carente de recursos terá a liberdade de escolha, sobre qual ente federativo irá demandar para efetivação de seu direito fundamental à saúde, improcedente o chamamento ao processo dos demais entes federados, e nem tampouco a caracterização de ilegitimidade passiva do estado ou do município. Dessa forma vem sendo decidido via tribunais, incluindo o caráter urgente e emergencial pleiteando tratamentos necessários aos hipossuficientes. Uma questão inicial já pacificada na jurisprudência refere-se a qual dos entes federativos terá legitimidade passiva num recurso ao Poder Judiciário, no cumprimento da obrigação: por ser a saúde competência solidária da⁵¹ União, dos Estados e dos Municípios (art. 23, II, da CF/88), o cidadão pode demandar contra qualquer dos entes federados na busca da proteção de saúde, constituindo-se em dever comum dos entes garantirem o direito à saúde.

50 – (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000). (Apelação Cível. nº 2002.001.08324, TJRJ, 5ª Câm. Cível, Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime).

51 – Art. 23, II, da CF/88.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros demonstra esse entendimento.⁵² Ementa do Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro Roberto de Abreu e Silva: Ementa: Fornecimento de Medicamento responsabilidade solidária do Poder Público Confirmada. Medicamentos e Antecipação de Tutela. Em sede de tutela do direito à vida e à saúde, a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causa do apelante para compor o polo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito. Assim ensina⁵³ Guido Ivan de Carvalho e Lenir Santos (2002), na qual o direito à saúde é dever estatal que gera para o indivíduo direito subjetivo público. E mais: daí poder inferir que o principal corolário dos preceitos constitucionais e da Lei Orgânica da Saúde, atinentes à saúde como direito, consiste em reconhecer que o cidadão, por força do direito público subjetivo à saúde, está legitimado para o exercício das prerrogativas estabelecidas na legislação correlata, tanto na instância administrativa como na instância judicial. De acordo com⁵⁴ Germano Schwartz afirma-se que o corolário de princípios, regras, normas e leis referentes ao sistema sanitário brasileiro corroboram a ideia de que a saúde é direito fundamental do homem, tornando a norma do art. 196 da CF88 autoaplicável e de eficácia imediata. As políticas públicas de saúde são o meio primeiro de efetivação desse direito (conforme a locução do texto constitucional expressa em seu artigo 196), e que a atuação do Poder Judiciário ocorre em um momento posterior, onde se constata a não ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde. “E mais: que essa mesma saúde deve ser interpretada como um direito público subjetivo oponível contra o estado.” “Portanto, temos que o direito público subjetivo da saúde poderá ser alvo de tutela judicial ou administrativa quando o Estado não desempenhar seu papel garantidor de tal direito, sendo legitimados para tal tanto o titular do direito como as instituições e organizações existentes e com competência para tanto cujo maior exemplo é o Ministério Público, dada sua natureza ambivalente de direito individual e coletivo”.

O Processo e a Tutela de Urgência do Direito à Saúde

⁵⁵Artigo 5º XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder lesão ou ameaça a direito. Insculpido na Carta Constitucional de 1988, não apenas consagrou como direito

52 – DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO Apel. Civ. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câ. Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. (04/06/2002).”

53 – CARVALHO, G.I. e SANTOS, L., 2002. Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde, Campinas, SP. Editora da UNICAMP, 331p.

54 – SCHWARTZ, G., 2001, Direito à Saúde – Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 223p.

55 – Artigo 5º, XXXV CRFB/88

fundamental o acesso à justiça, mas também o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, como também acrescentou a expressão “ameaça a direito”, abrangendo também as tutelas de urgência. O direito à saúde, em razão de ser emergencial, é imposto o emprego das medidas de urgências, incluindo a tutela cautelar e seus efeitos.⁵⁶ A efetivação do processo somente será garantidora da tutela efetiva dos direitos se lhe for conferido capacidade de dar a quem de direito tudo o que ele faz jus em sintonia com o ordenamento jurídico. Em nossa concepção da efetividade do processo impõe o adequado cumprimento das sentenças judiciais, inclusive contra a Administração Pública, a oportuna defesa das situações jurídicas suficientemente fundamentadas contra os riscos da demora na prestação jurisdicional tutela da urgência ou tutela cautelar e a tutela específica do direito material, especialmente no âmbito das obrigações de dar coisa certa, de fazer e não fazer.⁵⁷ É apenas mediante a tutela específica que o ordenamento jurídico pode assegurar a prestação devida àquele que possui a expectativa de receber um bem. Não é por outra razão que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, espelham uma afirmação pela tutela específica, positivando que a obrigação somente se converterá em perda e danos se o autor requerer ou se impossível à tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Nesse entendimento, ressalta a função política do Processo, pois implica no fato de que o estudioso do direito processual e os aplicativos das normas processuais devem transpor a interpretação dogmática, pois somente assim conseguirá dar ao processo a força garantidora dos direitos sociais, uma vez que o direito existe para ser cumprido.⁵⁸ Assim entende Deilton Brasil: O devido processo legal, assegurado como instrumento indispensável à composição dos litígios em juízo, não é visto apenas como uma simples forma de obter o provimento judicial. Somente entende como tal aquele que se organize e se desenvolva de maneira a cumprir a tarefa que lhe foi reservada, ou seja, a de proteger o direito subjetivo individual de qualquer lesão ou ameaça. Segundo⁵⁹ Carreira Alvim afirma que no direito brasileiro a pena pecuniária foi também uma solução preferida pelo legislador como meio de estimular o cumprimento da obrigação (artigos 287, 644 e 645 do CPC), tendo sido também a técnica preferida pela reforma processual (art. 461, parágrafo. 4º, do CPC). Todavia, de certo modo, foi adotada a linha seguida pelo direito alemão no que tange à possibilidade de prisão civil, como ocorrem com o devedor alimentos e o depositário infiel.⁶⁰ Muito se discute sobre a possibilidade do uso da prisão como meio coercitivo no cumprimento das decisões judiciais, porém nesse sentido, a prisão seria decorrente da incidência do art. 330 do código penal, pois o agente estaria praticando o crime de desobediência. Entretanto, deve ser analisado que nem sempre a inobservância da decisão judicial caracteriza o crime de desobediência, uma vez que o crime apenas se configura quando o despacho jurisdicional for predominantemente uma ordem ou um mandamento.

56 – GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 01/05/2006.

57 – MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004, ,385.

58 – BRASIL, Deilton Ribeiro Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 20.

59 – ALVIM, J.E. Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

60 – “MIRANDA, Pontes de, Apud BRASIL, Deilton Ribeiro Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer”. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 204.

Pontes de Miranda é bastante taxativo quando admite a possibilidade dessa infração, uma vez que o que a constituição proíbe e a pena de prisão por não pagamento de dívidas, e, sendo assim, “a prisão civil por inadimplemento de obrigações é sempre possível na legislação.” A tutela antecipatória nas obrigações de fazer ou não fazer deve obedecer aos requisitos: a relevância do fundamento da demanda e o receio de ineficácia do provimento final. Dessa forma, o receio da ineficácia tem vínculos diretos ao perigo da demora na prestação jurisdicional.⁶¹ Segundo Carreira Alvim, o receio de ineficácia do provimento traduz uma situação de perigo real pelo que deve vir acompanhado de circunstâncias fáticas, a demonstrar que a falta de liminar poderá comprometer o provimento final.

Tutela específica do direito à saúde em face do Poder Público

Em razão da evolução social e da própria revolução do Estado social de Direito, o processo não poderia ficar inativo. Surgem as tutelas jurisdicionais distintas para a resposta efetiva ou prestação de justiça aos anseios e pretensões deduzidas em juízo. Dentre as tutelas diferenciadas, encontra-se a tutela mandamental, aquela pela qual o juiz vai além de uma simples declaração a uma condenação, para emitir um despacho judicial dotado de ordem que implica no seu imediato cumprimento, uma vez que tal ordem vem conjugada com medidas coercitivas a serem aplicadas ao demandado que a descumprir. Destacamos a atuação do MP, das associações e da Defensoria Pública, que no seu entendimento, têm também legitimidade para a propositura de ações civis públicas. Afirma ainda o cabimento da tutela de urgência, que deve observar o caráter essencial do provimento, relacionando-se com a noção de mínimo existencial. Faz-se necessária observância do preceito do art. 2º da Lei 8.437/92 que determina a manifestação do ente público antes da análise do pedido de liminar deve ser avaliado no sentido de analisar se o estado de saúde do autor comporta tal oitiva.⁶² Em geral, os tribunais pátrios têm sido francamente favoráveis à tutela jurisdicional do direito à saúde, mesmo no que tange à possibilidade de concessão de medidas de urgência, liminarmente contra o Poder Público. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a orientação recente é amplamente favorável ao reconhecimento do direito à saúde como obrigação do Estado. No mesmo sentido, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Por derradeiro, esse direito existente no ordenamento jurídico possibilita que os cidadãos possam fazer valer seus direitos. Nesse sentido, são válidas todas as garantias individuais na busca da efetivação do direito à saúde, mediante a oposição de um vínculo obrigacional entre o cidadão-credor e o Estado-devedor.

Conclusão

A proteção e a garantia da dignidade humana pelo Estado não podem traduzir apenas o que cada cidadão entende ser digno, e sim, no que é digno para o ser humano

61 – ALVIM, J.E. Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa.

62 – GOUVEIA, Marcos Maselli. Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.) A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 229- 230.

de forma universal que o qualifica como pessoa. Para a devida aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, é defeso ao ordenamento jurídico qualquer norma que contrarie ou cause desequilíbrio á dignidade do ser humano e faz-se necessário que a sociedade tenha atitudes positivas previstas no ordenamento jurídico, independentemente de medidas coercitivas, pois o que se vislumbra nos princípios constitucionais não é a punibilidade, mas, sim, a sua evolução protetiva, englobando organismos sociais de qualidade na promoção do homem como ele é, garantindo-lhe uma vida digna.⁶³ O ordenamento jurídico brasileiro tem como fator preponderante sua eficácia, a qual se reveste de duas características: eficácia social, a qual se revela no comportamento da sociedade em sintonia com a conduta prevista no ordenamento jurídico, e que de uma forma geral os destinatários aderiram ao comportamento prescrito e a Eficácia Jurídica, reveste da habilidade em alcançar os objetivos normativos e manifesta nesses efeitos sua aplicabilidade frente à conduta humana. O modo à sociedade se porta frente à norma diz respeito à sua efetividade. Dois requisitos devem ser observados: o comportamento da sociedade e a forma como o Estado delimitou para o devido cumprimento dessa norma pela sociedade. Não obstante, os direitos humanos tenham previsões em tratados internacionais ou nas Cartas Constitucionais, faz-se necessário que seja reconhecido na realidade social, o que só é plausível se houver o comprometimento dos Estados na garantia e aplicação das relações interpessoais. Nesse contexto é inserido o conceito de efetividade como extensão sociológica do fenômeno jurídico. A análise concreta concede aferição dos resultados das normas jurídicas está condicionada a três elementos objetivos: execução, aplicabilidade e existência de direito processual eficaz. A execução exprime a adesão natural dos destinatários ás normas de direitos fundamentais. Sua aplicação remete ao entendimento do cumprimento de um ato normativo violado, ou seja, é um ato coercitivo estatal. As garantias ou direitos processuais são ícones que levam á efetividade; por um lado, os direitos fundamentais revelam-se como privilégios coletivos e individuais protetivos á dignidade humana; os direitos são instrumentos através dos quais tornam - se efetivos no meio social. Um dos exemplos de direitos-garantias são os remédios constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, ação popular, ação civil pública. A força vinculante erga omnes tem o poder de obrigar o Executivo, o Legislativo e o Judiciário a cumprirem as determinações em relação aos direitos fundamentais, quer seja o dever de abstenção ou quer seja o dever da prestação positiva. O controle de constitucionalidade assegura os direitos e garantias constitucionais, as leis, as decisões judiciais e os atos administrativos são submetidos a esse controle podendo ser anulados quando violarem os direitos assegurados. A proibição do retrocesso é uma cláusula constitucional mandamental, que defeso ao legislador revogar as normas infraconstitucionais que tenha dispositivos sobre o cumprimento de ações prestacionais sociais. Nesse ínterim, vale ratificar que tais direitos obedecem a um processo continuador evolutivo, o qual está acima de qualquer retrocesso. O Estado

63 – SARLET, op. cit., 2002, p. 92.59 BARCELLOS, op. cit., 2008, p. 229.336 Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402.

não pode suprimir tais direitos, pois além de positivados, incorporam-se ao patrimônio jurídico da pessoa humana; além do mais, é preciso à conjugação de forças tanto das instituições democráticas quanto da sociedade civil com a finalidade de incorporá-los ao exercício da democracia e da cidadania. Acerca do princípio da reserva do possível aliada à sua função limitadora na eficácia dos valores constitucionais, e ponderando que os direitos sociais não são dotados da plenitude eficaz da aplicabilidade imediata, é facultado à legislação uma autonomia para efetivação dos direitos sociais, cabendo exclusivamente aos entes estatais a sua concretização, levando-se em consideração os fatores econômicos aliados ao orçamento anual e os fatores sociais. A não ser uma efetiva violação de direito constitucional, é vedado ao Poder Judiciário interferência no gerenciamento de recursos incumbidos estritamente ao Poder Executivo executado via Administração Pública. Há de se entender que a cláusula da reserva do possível, não pode ser um referencial universal justificando o Poder Público para servir de entrave na devida efetivação concreta dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Complementando o direito de ação, conforme positivado em nossa Carta Magna, será prudente basear-se nos princípios administrativos de proporcionalidade e razoabilidade, evitando, assim, vícios inquinados possibilitando a inexecução das prestações jurisdicionais. A concretização desses direitos é amparada por recursos judiciais, caso não sejam oferecidos os recursos pelo Estado, sendo indiscutível a ampliação da acessibilidade à saúde e o desenvolvimento da cidadania. Nesse aprofundamento democrático do país aliado à cidadania e à efetivação do referido direito, inclusive via judicial, a sociedade terá enfrentamentos quanto à questões jurídicas, à isonomia, e à garantia do direito social à saúde, estejam disponibilizados a todos sem limitações, mesmo que seja numa realidade de proteção pública escassa.

Jurisprudência:

Direitos Fundamentais -

Decisão do STF sobre a união homoafetiva consuma proteção dos direitos e garantias fundamentais. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento histórico na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF em que se discutia o status jurídicas das uniões homo afetivas e conferiu ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” Conclusão do Ministro Relator. A conclusão do julgamento trouxe ao centro das discussões da comunidade jurídica o já tão debatido ativismo judicial. Teria, novamente, o Poder Judiciário, inovado no ordenamento jurídico pátrio, suprimindo a inércia do legislativo, ou teria atuado estritamente na função que lhe reservou a

Constituição Federal, no caso, guardião da Constituição e garantidor da efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais?. Segundo se verifica da doutrina, trata-se de um comportamento das cortes constitucionais, que, utilizando-se de instrumentos de controle de constitucionalidade, imiscui-se em competências reservadas aos outros poderes do Estado. É assim que se diz que há evidente ativismo judicial quando esse órgão, a despeito de proferir julgamentos nas demandas que lhe são submetidas, acaba por criar verdadeiras normas de conduta, definidoras de direitos e obrigações, em clara usurpação do princípio da reserva legal ou da atuação legislativa. Do mesmo modo, há ativismo judicial, quando, nessas mesmas circunstâncias, o Poder Judiciário dispõe sobre políticas públicas, execução orçamentária e outras atribuições afetas ao Poder Executivo. Segundo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo: O STF, sob a atual Constituição, tomou consciência do alto relevo de seu papel institucional. Desenvolveu uma jurisprudência que lhe permite atuar como força moderadora no complexo dos poderes da República. Desempenha o papel de instância de equilíbrio e harmonia destinada a compor os conflitos institucionais que surgem não apenas entre o Executivo e o Legislativo mas também entre esses poderes e os próprios juízes e tribunais. Na decisão na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF verificou-se que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de uma técnica de controle de constitucionalidade denominado interpretação conforme a constituição.

Artigo 196 da Carta Constitucional X Intervenção do Judiciário

“Doente portadora do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição de medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos artigos 5º, I, e 196 da CF. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/1993), por meio da qual o próprio estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da CF, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.” (RE 242.859, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 29-6-1999, Primeira Turma, DJ de 17-9-1999.).

Bibliografia

Agravo de Instrumento n.º 1999.002.12096, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves, Julgado em 02/05/2000.

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n 393175-0/RS, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 12/12/2006, publicado 02/02/2007.

Al 550.530-Ag R, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.

ALVIM, J.E. Carreira. Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 30; 215.

ANDRADE, 2007, p. 71; 79; 24.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002, p. 103-110; 2a ed. R.J.: Renovar, 2008. p.75/. pp 277-333.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial, Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, p. 34, nov./dez. 2007. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Saraiva 2004, p. 374. 1996. p. 260.

BIGOLIM, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade do direito social. Disponível em: [HTTP: www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/Constitucional/giovani_bigolin.htm). Acesso em: 10 de maio de 2007; A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. Revistas de Doutrina da 4ª Região, publicado em 30/06/2007 Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br> Acesso em: 15 set 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, 1996. Pág. 516; 7ª. Ed., 2002. p.525; 11ª ed. São Paulo: 2001 p. 229; 15ª Ed. S. P. Malheiros. 2004. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

BRASIL, Deilton Ribeiro Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer, Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 20.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Emenda do Resp. Nr. 647.853. Diário da Justiça da União, Brasília, 06 junho 2005. Disponível em: www.stj.gov.br.

BRASÍLIA, STF. APDF nº 45-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2004.

BRUNO, Galindo. Apud Direitos fundamentais. Análise de sua concretização constitucional. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. P. 66, 67.

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474-475; 6ª Ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1993. pág. 521. Fundamentos da Constituição. Coimbra: 1991. p. 131.

CARNEIRO Matos 68 E- legis, Brasília, n.8, p. 66-81, 1º semestre 2012, ISSN 2175.068.

CARVALHO, G.I. e SANTOS, L., 2002. Sistema Único de Saúde – Comentários à Lei Orgânica da Saúde, Campinas, SP. Editora da UNICAMP, 331p.

CAVALCANTE, op. cit., 2009, p. 57.

CFE. Gênesis. Português. In: Bíblia Sagrada. Trad. de Ivo St. e Euclides Martins.

CÓDIGO DE HAMURABI. In: CARLETI, Amilcare. Brocardos Jurídicos, 1986.

COMPARATO Fábio Konder A afirmação histórica dos direitos humanos. SP: Saraiva 1999. p. 11-30 Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402 320; edição 2005 12-13, versos 434-437; 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12-13.;, op. cit., 1999, p. 90.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL /88- Art. 1º -III - a dignidade da pessoa humana; Art. 23, II, da CF/88; Artigo 194, inciso VII – CRFB/88; Artigo 196 CRFB/88 Seção II - DA SAÚDE; Artigo 197 CRFB/88; Artigo 5º § 2º; Artigo 6º; Artigo 5º DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, inciso I – CRFB/88; Artigo 5º, XXXV CRFB/88; Artigo 6º; Artigo 7º; Artigo165CRFB/88; Artigo198 CRFB/88 Artigo 5º DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CAPÍTULO I DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, inciso I – CRFB/88; Artigo 5º, XXXV CRFB/88; Artigo 7º; Artigo165 CRFB/88; Artigo198 CRFB/88. PREÂMBULO da CRFB /88.

DALLARI, S.G., 1988. O Direito à Saúde. Revista de Saúde Pública, 22(1): 57-63.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS - art.1º assembleia Geral das Nações Unidas 10/12/1948.

DESPROVIMENTO DO RECURSO. MANTENÇA DA SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (Apel). Cív. nº 2002.001.02662, TJ-RJ, 12ª Câm. Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2011, p. 20 e ss Lima Júnior e Fermentão A eficácia do direito a dignidade da pessoa humana 329.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade - filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida hierólogas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 130.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direitos Fundamentais Sociais: uma visão

crítica da realidade brasileira. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 13, n. 53, out.-dez./2005, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 53.

GOUVEIA, Marcos Maselli. Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord). A efetividade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 229- 230.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 01/05/2006.

Hannah Arendt, "A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt".

KRELL, Andréas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: O (des) caminhos de um direito constitucional. 1ª ed. Porto Alegre; Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. v.1.Conf. 94,107; Segundo Piovesan 2004: 26. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional 'comparado'. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Direitos humanos fundamentais, p. 30; 51.

MARILENA Chauí- Editora ática 2000/ Convite á Filosofia http://br.geocities.com/microst02/convite_a_filosofia_42.htm/Unidade 08-O mundo da Prática Capítulo 09-As Filosofias Políticas -2ª Parte; 12. ed., São Paulo: Ática, 2002, p. 406.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2004, pag.385.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Curso de derechos fundamentales: teoría general Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 28.

MEIRA, Sílvio Augusto Bastos A Lei das XII Tábuas. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1961. Nona: 1. Que não se estabeleçam privilégios em lei. Ou que não se façam leis contra indivíduos.

MIRANDA Pontes de, Apud BRASIL, Deilton Ribeiro Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer". Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 204.

MIRANDOLA, pag. 55; 57; Edição 2006.

MORAES, op. cit., 2000, p. 60.

NORBERTO Bobbio, A era dos direitos, 18. ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25

ORDACGY, 2007, texto digital.

PICCIRILLO, Miguel Belinati. A dignidade da pessoa humana: fundamento do Estado Lima Júnior e Fermentão - A eficácia do direito a dignidade da pessoa humana pag.321.

SARLET, op. cit., 2002, p. 92.59 BARCELLOS, op. cit., 2008, p. 229.336 Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012 - ISSN 1677-6402; Edição 2002 página 40,59, Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na constituição Federal de 1988. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001, p. 63-65; Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6ª edição. Porto Alegre:, 2007. P. 123. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª ed., Porto Alegre, 2006, p. 35 e 36; pag.42; , p. 382-383.Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre:, 2001, p. 322-323; 10ª ed. Porto Alegre Editora, 2009.p. 29. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar.

SCHWARTZ, 2001, p. 63, Direito à Saúde – Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 223p.

SILVA José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 16. ed, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 185 e 289;A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo 212: p. 89-94; abril a junho 1998, p. 91; e Francisco Fernández Segado, La dignité de la personne en tant que valeur suprême; Aplicabilidade das normas constitucionais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 66;101;116.

STF, Pleno, MS 22.164/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJ, Seção I, 17/11/1995. STF, STA 238, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE n. 204: 28/10/2008,AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000). (Apelação Cível. nº 2002.001.08324, TJRJ, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Humberto de Mendonça Mannes, j. 13/08/2002, votação unânime.

TORRES, Ricardo Lobo. Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, A jusfundamentabilidade dos direitos sociais. Rio de Janeiro: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, 2003, v. 12. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.128-129.

ZONTA PEREIRA, Fabio. Anencefalia e o principio da dignidade. Birigui, SP:
Boreal, 2008.

WASHINGTON de Barros Monteiro, Curso de direito civil, p. 8.

A Evolução do Conceito de Justiça e o Justo da Decisão Judicial

Ricardo Pereira Junior

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo/USP (1990), realizou cursos de especialização sobre o Sistema Legal Americano, na Universidade de Loyola de Nova Orleans, e de Administração Judicial, no Institute of Advanced Legal Studies na Universidade de Londres, é Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de São Paulo/USP (2010). Foi professor de Direito Civil e Direito Processual Civil, e Coordenador do Curso de Direito, perante a UNIP de São José dos Campos, e professor convidado da GV Law. Atualmente, é professor de pós-graduação na FAAP de São José dos Campos, da Escola Paulista da Magistratura, da Escola Superior de Advocacia da OAB e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, é também Juiz Instrutor do Conselho Nacional de Justiça, além de ser Coordenador da Área de Formas Alternativas de Solução de Conflitos e Justiça Restaurativa da Escola Paulista da Magistratura. Ingressou no Judiciário em 1988, trabalhando em cargos internos até a aprovação em concurso para a magistratura, em 1992. Após experiências em comarcas de complexidade diversas, foi Juiz Diretor do Fórum de São José dos Campos, no biênio de 1999 a 2000. Atualmente, é Juiz Titular da 12ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, foi nomeado Juiz Coordenador da Central dos Oficiais de Justiça do Fórum João Mendes Jr., é membro do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Também foi nomeado Juiz Coordenador do Centro Judiciário de Solução de Litígios e Cidadania da Capital.

O senso de justiça, a conferir legitimidade aos direitos neles concebidos, passa necessariamente pela análise do ambiente em que o conceito definidor de justiça é geral. O conteúdo do justo sempre sofreu alta volatilidade de conceitos, por se inserir em contextos culturais, deontológicos e teleológicos específicos, conforme o seu articulador, o público a que se destina e o contexto de comunicação em que se insere. Nesse sentido, afirma-se que a justiça, em seu senso próprio, é o princípio de coordenação entre os seres subjetivos (1960, Del Vecchio, *La Justice*, pág.7). Sua conclusão, ante a mutabilidade dos conceitos que envolvem o tema, não pode ser tomada como regra final, definitiva, sempre estando sujeita a uma reanálise crítica quando da corrosão dos discursos que a fundamentaram pela evolução da sociedade.

Desta forma, conforme o tempo se projeta, os conceitos de justiça vêm a se somar ou sobrepor. Os conceitos de justiça não se revogam. Ao contrário, complementam-se, aperfeiçoam-se e quase sempre se contradizem e se autolimitam. Ao exemplo de um palimpsesto, os diferentes valores e discursos que sugerem critérios de justiça vão se sobrepondo em desenhos cada vez mais complexos e intrincados, sempre correndo atrás de uma crescente diferenciação de valores que a sociedade moderna apresenta em fartura.

Optar-se por um conceito fixo de Justiça é engessar a elasticidade do próprio Direito, cuja principal preocupação é pacificar a sociedade através da solução dos conflitos humanos. De fato, como se verá, é contínuo o retrabalho do conceito do justo e do legítimo. A adoção de um critério de justiça que exclui ou desconsidera os demais

elimina a validade propositiva de outros, e ao invés de afirmar a força deste critério, somente contribui para sua corrosão mais rápida. Assim, quanto mais aberta, dentro de um sistema jurídico, a possibilidade de introdução de novos conceitos de definição do justo, mais fácil permitir-se a convivência de valores a induzir a respeito recíproco no ambiente social.

Ao lado da necessidade de relativização dos critérios de justiça para que se permita o surgimento do novo para a recalibração do sistema jurídico, há também a valorização da liberdade individual na fixação de valores, e a conseqüente subjetivação dos conceitos admissíveis da justiça. Cria-se o dilema entre a justiça de cada um e a justiça ideal da sociedade política. Tal problema, se exacerbado na modernidade, desde cedo já surge no pensamento dos juristas, apontando a contradição entre a força organizadora do gerador das normas, no sentido de instauração de uma ordem, e a liberdade humana, apta a criar novos padrões que fatalmente levarão à evolução do corpo social e induzir o progresso.

Importante, assim, a análise dos principais conceitos de justiça surgidos no desenvolvimento histórico do mundo ocidental, para compreensão dos ideais que levaram à composição da multiplicidade de vetores que tentam direcionar a noção de justiça atual. Ainda, a colocação de vetores maiores que sirvam como parâmetros gerais de direcionamento do sistema em caso de choque de valores, ou mesmo em situação de sua inexistência.

1. Da Evolução Histórica do Conceito do Justo

Da Grécia antiga, vem a primeira concepção de Justiça, que traz o caráter retributivo-punitivo do justo. A justiça era encarada por Themis, personificação do pensamento reflexivo e conselheira de prudência dos homens. De sua união com Júpiter, surge Dike, deusa dos julgamentos, que decide litígios, e se, maltratada pelos homens, refugia-se nos céus. Assume significação de vingança inexorável corporificada na pena. É a ideia de justiça como uma proporção e uma ordem, da qual se extrai uma harmonia determinada (Del Vecchio, pags. 10 e 11).

Platão admite a existência de uma ordem harmônica, seguindo já a tradição mitológica. Ocorre que tal ordem não mais depende dos deuses. Ao contrário, é vinculada à natureza, em que cada qual tem o que lhe cabe. Segundo Platão, a justiça será alcançada quando o homem:

“... em todas estas circunstâncias chame justo e honesto ao que nele produz e mantém nesta bela ordem e chame prudência à ciência que produz ações de tal natureza; que, ao contrário, chame injusta à ação que nele destrói esta ordem, e ignorância à opinião que a tal ação preside” (2001, pág. 169).

A injustiça, em contrapartida, seria a sedição que partes da alma praticam contra a natureza, ao se voltarem para o que não é de sua alçada (A República, p. 170). Assim, a justiça platônica caracteriza-se na realização das próprias tarefas (1960, Del Vecchio, p. 19).

Ao lado do modelo universal de justiça, Platão também diferencia a justiça particular, travada nas relações entre os homens, e a justiça no Estado (2001, A República, p. 65). A justiça em particular é garantir a cada um ser senhor de si mesmo como virtude (2001, p. 151), garantindo a cada um a posse do que lhe é próprio e o exercício do mister que lhe corresponde (2001, p. 155). Já a justiça no Estado é decorrente da necessidade da união entre os homens.

Inspirado o conceito de justiça em um modelo de ordem externa e universal, aponta Tércio Sampaio Ferraz Júnior que *“a justiça passa, em Platão, a ser, portanto, o princípio regulador da vida individual, da vida social e de todo o universo”, exercendo “a função total e sistemática de reger e equilibrar as várias partes num todo orgânico. A justiça torna-se, efetivamente, a virtude universal”* (Estudos de Filosofia do Direito, 2003, pág. 151). Justiça e virtude se confundem, pelo pequeno desenvolvimento jurídico da civilização grega. A virtude demonstra-se como controle de si mesmo, e, personificando-se a sociedade, o seu próprio controle para que cada um realize o papel que a natureza lhe atribuiu na *“Polis”*.

A contribuição de Platão é significativa. Dissociou-se a justiça do desejo divino. Observou-se um eixo horizontal de justiça, a fundar a convivência entre os homens e um eixo vertical de justiça, em que os homens buscam a organização do estado. Pela primeira vez, por fim, funda-se a noção de justiça como virtude de obediência a uma ordem universal dentro de um todo orgânico (Ferraz Júnior, pág. 144).

Aristóteles inova ao sugerir que a justiça não está vinculada à virtude, mas ao respeito à lei. Para ele, *“justo, portanto, significa aquilo que é legal e aquilo que é igual ou equitativo e o injusto significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não equitativo”* (Ética a Nicômano, 2002, pág. 136).

A justiça, para Aristóteles, tem conteúdo relacional entre os homens, e é medida através de ato de coragem e de temperança, buscando a vantagem do outro (E.N., pág. 138). A virtude está para o ser assim como a justiça está para o relacionamento com o outro. A justiça geral se caracteriza pelo cumprimento das leis. Já a justiça particular cuida da distribuição de atributivos divisíveis em uma sociedade, como honra e riqueza, e interfere em relações privadas, de cunho corretivo (E. N., pág. 140).

Para definição da justiça, Aristóteles propõe a mediania, posição que recomenda a si mesma sem necessidade de evidência. Para alcançá-la, são necessários quatro

termos: os dois indivíduos e as porções que justamente lhes caibam. “*O justo, portanto, é o proporcional*” (E. N., pág. 142). O justo da justiça corretiva é alcançado numa proporção aritmética, sendo voltado à restauração de igualdade anterior, lidando com noções de ganho e perda. A justiça é a média entre os extremos, entre o excesso e a insuficiência, partindo-se do pressuposto da existência de uma igualdade presumida entre as partes, fornecendo um lugar comum de orientação, como coloca Ferraz Júnior (Est. de Filos. do Direito, pág. 191/192).

Contrapondo-se a Platão, Aristóteles evolui ao propor que a Justiça não se situa no campo do idealismo, mas no mundo real. Não basta a intenção do justo, manifesta numa obediência a uma ordem preconcebida. O justo é caracterizado dentro de um aspecto geral, em que se recomenda a obediência à lei. Já o justo entre particulares é relacional, e deve ser extraído através de condutas humanas, voltando-se a realizar a humanidade (Est. de Filos. do Direito, págs. 208/209).

Os conceitos platônicos e aristotélicos de justiça sofrem nova leitura após o advento do Cristianismo. Introduce-se a figura forte do Deus único, que interfere na concepção da virtude, do amor e da justiça. Santo Ambrósio define a justiça como a fecunda geratriz de outras virtudes. Santo Agostinho projeta a virtude platônica em termos cristãos, como decorrente “*do amor, do bem supremo ou de Deus; e como a virtude não é outra coisa que a “ordo amoris”*”, também a justiça, ao atribuir a cada coisa o grau de dignidade que lhe é próprio, engendra no homem uma certa ordem, pela qual a alma está submetida a Deus (*apud* Del Vecchio, pág. 23). A ordem platônica agora é inspirada por Deus, sendo a virtude a sua obediência.

Já São Tomás de Aquino inova a abordagem aristotélica, adaptando-a à justiça cristã. A virtude passa a ser a vontade perpétua de dar a cada um o que é seu. A justiça é virtude geral, com objeto mais vasto e mais próximo da razão, ao compreender não somente as ações que o homem realiza por si mesmo, mas também aquelas em atenção aos outros (La Justice, página 23). E mais à frente, a justiça, como virtude suprema, dirige o amor em visa do bem universal (*Id Ibid*, página 24).

A vontade de realização do amor ao próximo coloca-se no centro da virtude. A virtude e a justiça, por isso, são internos ao ser humano, sendo aferidos por Deus, que pode verificar sua sinceridade no sentido de praticar o amor em relação ao próximo. Embora evidenciada a justiça por um ato externo em relação ao próximo, como sustentava Aristóteles, vai-se além: a essência da justiça não está neste ato externo relacional, mas parte da essência do indivíduo, que exerce o livre arbítrio conforme os desígnios divinos.

Temos, ainda, dois eixos da justiça: a justiça vertical, entre Deus e os homens, e a justiça horizontal, praticada entre os homens através da caridade e o amor cristão. A justiça vertical, divina, ressalta Ferraz Júnior, é punitiva, ofertando retribuição vertical,

ao não cuidar a retribuição do mal com o mal e o bem com o bem, mas manifestar, de forma geral, o bem como ordem divina (Est. de Filos. do Direito, pág. 222). Trata-se de uma justiça absoluta que, segundo Kelsen, não oferta critérios do justo, mas somente os mistérios da fé (O que é Justiça, pág. 80).

Ao lado do eixo vertical, há o eixo horizontal da justiça, em que a justiça como amor rege o relacionamento dos homens entre si, tornando-o possível através do acolhimento do próximo. O homem, que negou o paraíso, tem livre arbítrio para optar entre o bem e o mal. Para controlar o impulso maligno do homem, impõe-se a prática da caridade. Com isso, introduz-se a possibilidade de modificação da realidade através da ação humana, como forma de justiça. O homem tem o livre arbítrio de realizar boas ou más opções aos olhos de Deus, de forma a gerar uma sociedade mais justa. Agora, ao contrário do mundo antigo, o homem passa a operar dentro do caráter relacional com livre arbítrio de praticar a caridade com o próximo, frisando-se no eixo vertical o antigo caráter relacional do justo aristotélico. Não obstante, no plano vertical, o homem desconhece as leis que regem sua vida, porque ditadas por ente místico cujas razões não lhe são dadas.

Na Idade Média, Deus passa a ditar a antiga ordem natural platônica. São Tomás de Aquino, ademais, introduz o livre arbítrio como régua de mensuração da qualidade relacional entre os homens, propondo instrumentos para que o mundo terreno cada vez mais espelhe o mundo divino. Valoriza-se não somente o caráter relacional entre os homens. Surge aqui a consciência humana como fundadora de valores fonte, e, em especial, a liberdade de decisão como fonte de salvação do homem.

O advento, contudo, do cisma religioso, cria o divórcio entre o justo e a autoridade divina. Se os conceitos de justiças eram ambívocos, surge agora dúvida a respeito da forma e autoridade de interpretação da conduta virtuosa geradora da Justiça. Não há mais interpretação autêntica da vontade de Deus para guiar o homem. Para substituição dos critérios místicos de justiça medieval, surge a lei, alternativa não mais imposta por Deus mas proposta pela autoridade estatal para organização da sociedade.

Num quadro de conflitos religiosos decorrentes da reforma protestante e de questionamento da autoridade papal como representante de Deus, Hobbes elege o Estado como a alternativa à anomia causada pela crise de legitimidade da Igreja. Sustenta ele que os homens devem cumprir os pactos assumidos, conduta reputada justa pelas leis naturais. Para tanto, existe a necessidade de um poder coercitivo que obrigue igualmente os homens a cumprirem seus pactos, tornando seu descumprimento desvantajoso, o que se dá através da constituição do Estado (Leviatã, 2003, pág. 108). Após narrar diversas leis naturais que regem o relacionamento entre os homens, coloca como válida a máxima universal *“faz aos outros o eu gostaria que te fizessem”* (Leviatã, pág.117). O Estado de natureza, caracterizado pela instabilidade da luta de todos contra todos, não permite a fixação de parâmetros de medidas do bom e do mal. Com a paz, tais medidas são

estabelecidas, colocando-se a justiça, a gratidão, a modéstia, a equidade e outras leis da natureza como virtudes morais. A ideia de justiça somente é concebível, portanto, com a instauração das leis civis. Somente a partir da instauração da ordem, portanto, poderá se apontar o justo e o injusto. A partir do momento em que os homens fazem o contrato, outorgando ao soberano o poder de definição de condutas, a manifestação estatal consubstanciada na lei torna-se a definição do justo.

Com isso, Hobbes propõe a equiparação da lei à definição do justo, único meio de instauração da ordem como pressuposto da vida em sociedade. Além disso, num prisma vertical, os próprios súditos conferem poderes ao soberano para operar sobre a sociedade. O soberano tem o papel de operar a transformação por ele idealizada. Assim, o Estado torna-se um instrumento para a realização de uma hipótese. Se antes a vontade divina não era revelada, agora o soberano tem o poder de definição de condutas e o dever de impor a ordem.

Para Rousseau, o homem, em seu estado natural, está privado da fartura de meios para atendimento de suas necessidades, em decorrência da escassez de produtos e cultura. Ocorre que a falta de opções permite ao homem viver livre das ambições. O selvagem é pacífico pela tranquilidade de paixões e ignorância do vício (O Contrato Social, pág. 165/166). Na medida em que o homem se desenvolve e se aperfeiçoa, a diversidade de educação e de gêneros de vida permite a instauração da desigualdade. O conhecimento acirra a competição, ao criar preferências, com o que os homens exacerbam suas ambições e conflitos, o que impõe a necessidade de instauração de um pacto para a convivência conjunta. Não obstante, a vida em sociedade cria a dependência recíproca entre os homens.

E, para induzir àqueles que nada têm ao respeito dos que extraem maior proveito da vida social, estes últimos propuseram a instauração da sociedade para atribuir a cada um o que é seu. Para criação da sociedade, é necessária a abdicção de parte da liberdade absoluta existente no estado de natureza para criação de outro tipo de liberdade, mais limitada. Rousseau afirma que tal pacto não pode atingir a liberdade, vez que o homem não pode alienar aquilo que a natureza originariamente lhe conferiu, razão porque os súditos podem renunciar ao poder arbitrariamente exercido em seu desfavor. A alienação da liberdade constitui-se em negação da natureza humana.

O Estado é um ente abstrato que se constitui como forma de organização humana, cujos elementos informadores não são previamente definidos. Rousseau sustenta que o Estado deve ser dirigido pela manifestação da vontade geral, cujo conteúdo é vago. Com isso, perde-se a noção de justiça. Apenas são moldadas as diretrizes para a discussão de valores informadores dos critérios do justo, cuja força é reconhecida através da relação que gera a manifestação volitiva, e não sua substância. Criam-se critérios para a manifestação dos valores, com a resultante da vontade geral, de conteúdo flutuante, o

que, se por um lado permite maior flexibilidade dos interesses em jogo, por outro também cria relativismo de valores, porque mutáveis conforme as flutuações da vontade geral.

Associa-se a justiça à liberdade. Sem liberdade não há justiça, vez que sequer reconhecida a essência do homem como tal. A sociedade justa passa a ser definida pela aceitação da vontade geral. Com isso, a liberdade passa a ser vista como pressuposto para a construção de uma ordem justa, o que possibilita ao homem buscar a concretização da justiça, tarefa a cargo através do organismo social.

Os critérios para a distribuição justa, por fim, variam conforme o modelo de sociedade pretendido. Como sustenta Bobbio, existe conflito entre se privilegiar a igualdade ou a liberdade, buscando-se, respectivamente, a justiça na equiparação das chances de todos, ou a maior recompensa aos mais capacitados, ditando, respectivamente, a ética socialista e a liberal. O problema de conciliar o ideal de liberdade dos indivíduos com o ideal de uma sociedade justa é real, e não comporta solução definitiva (Teoria Geral da Política, 2000, pág. 319).

Prevalece, ainda, sob a ótica de Rousseau, como observa Ferraz Júnior, a justiça vertical sobre a horizontal, uma vez que a vontade geral, expressada pelo contrato social, é qualificada como razão maior, que deve se sobrepor às vontades individuais (Est. de Filos. do Direito, págs. 224/225).

Assim, se por um lado, se confere ao homem a liberdade de ação, perde-se o parâmetro do justo, que pode ser ditado pelo Estado. Tal ambiente gera subjetivismo na definição de critérios de justiça.

A justiça tornou-se definida através de produção formal, colocando-se como meio organizado de consecução da vontade geral. Seus objetivos, contudo, ficam em aberto, sendo definidos através de métodos formais. Tal situação exacerba-se ante a colocação da liberdade como instrumento de manifestação da vontade no sentido de criação do justo.

As doutrinas econômicas e científicas do final do Século XVIII e início do Século XIX prestigiaram a crença na eficiência e produtividade. A teoria da evolução apontou a sobrevivência dos mais aptos, com grande influência sobre as teorias sociais. Ainda, a industrialização e teorias econômicas colocaram como ideal a busca do maior proveito com o mínimo esforço. Nesse quadro, Bentham desenvolve a doutrina do Utilitarismo. Partindo justamente da ideia da falta de definição do que é o interesse da comunidade, coloca que uma ação se dá conforme o princípio da utilidade *“quando a tendência de aumentar a felicidade da comunidade é maior do que a diminuí-la”* (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, in Utilitarianism, pág. 35). Da mesma forma, a ação humana será mensurada conforme o princípio da utilidade se quem a pratica procura aumentar ou diminuir a felicidade da comunidade. Bentham, ainda, considerou que, por

trás da moral, existe um princípio racional com validade absoluta, não percebido com clareza, que se deduz em torno da busca da felicidade do ser humano. A valoração da ação depende dos efeitos que produz em termos de prazer ou dor humanos.

Tal sistema tem por defeito não apontar condutas substanciais desejadas, gerando relativismo de valores. Há inviabilidade de mensuração do prazer e dor da sociedade em abstrato, o que faz perdurar o problema da subjetividade (Ferraz Júnior, Direito e Justiça, pág. 339/340). Reconhece-se, contudo, que o Utilitarismo introduz a noção de que a justiça de uma conduta deve ser averiguada segundo os seus efeitos de fato (Alf Ross, Direito e Justiça, pág. 336 a 338). Assim, embora não solucione a questão da vagueza de proposições, Bentham, vê a liberdade limitada pelos resultados que a conduta humana apresenta no mundo real. Sua aferição como comportamento justo ou injusto se dá à luz de suas consequências. Rawls aponta que a grande contribuição da teoria utilitarista é reconhecer a prioridade relativa dos princípios de justiça e dos direitos derivados desses princípios (Uma Teoria da Justiça, pág.36).

A justiça não mais se inspira em princípios abstratos do direito natural, mas se torna instrumento de concretização de um modelo de sociedade, como método voltado ao alcance de princípios socialmente relevantes. Trabalha-se assim com hipóteses ideais do justo, que devem ser concretizadas através da justiça.

Nesse âmbito, por fim, prepondera mais uma vez a relação vertical de justiça, em que, respeitada a forma de definição de justo pelo Estado, cabe ao homem a sua obediência, uma vez que deve se submeter à vontade geral entendida como felicidade ou o bem estar social, nos dias modernos, que substitui o utilitarismo com a vantagem de apresentar critérios mensuráveis da felicidade (Ross, pág. 341).

Quanto à justiça sob o ângulo horizontal, restringe-se ela a situações em que se deixa espaço residual ao cidadão para, ao abrigo da lei, desenvolver interesses que não sejam ocupados pela vontade geral expressa pelo Estado.

2. O Ato de Julgar

No ato de julgar, o Estado define critérios de justiça para pacificação social do litígio e eliminação da incerteza jurídica. Para tanto, contudo, não basta a lei, mas a manifestação do Estado no sentido de gerar normas de caráter específico, direcionadas às partes envolvidas no litígio, integradas pelo juiz.

O Direito perde aqui, aparentemente, a sua grandiloquência de expressão de evolução histórica do povo ou de uma classe, tornando irrelevantes os grandes conflitos

que inspiraram o legislador. Volta-se aos problemas jurídicos específicos gerados pela necessidade de convivência e a solução mais pacífica possível de tais conflitos. Daí a afirmação de Paul Ricoeur de que *“a finalidade imediata do ato é de resolver o conflito – diga-se, colocar fim à incerteza ; sua finalidade mediata é de contribuir para a paz social, ou seja, a finalidade de consolidação da sociedade como empreendimento de cooperação”* (Le juste, página 10).

Foca-se Ricoeur no que chama de pequena ética, a ética de *“Soi-même comme um autre”*, a ética voltada a permitir a convivência e reciprocidade de direitos. Cria-se ponto de solução comum, em que o conflito é transmutado em processo. E nele, a violência deixa de existir: acaba por se transfigurar em palavras que são utilizadas para finalizar o litígio. Assim, a palavra impõe sua força sobre a violência. Isto caracteriza o Estado de Direito moderno.

Ricoeur sustenta, invocando Rawls, que a sociedade visa a distribuição de bens, cujos critérios de divisão são tomados de forma imparcial sob o véu da ignorância, isolando-se referências concretas de bens a dividir. Com isso, elege-se o bem, para posteriormente, colocar-se a forma de se alcançá-lo. A escolha da regra jurídica a ser aplicada maximiza a parte mínima dentre as partes desiguais (Le Juste, pág. 21). Com isso, tempera-se a teoria da justiça puramente procedimental com a ideia da sabedoria prática. Isto faz com que o ato de julgar não se restrinja aos tribunais, mas também alcance o julgamento reflexivo. Assim, ao bom teleológico, soma-se o obrigatório ou legal, deontológico, direcionados pela sabedoria prática, manifesta pela equidade. O justo se manifesta no âmbito da decisão singular, proferida a partir do conflito e da incerteza, concretizando, através da convicção íntima, a busca pela justiça, criada pelo desejo de viver dentro de instituições justas, e ratificada pela regra de justiça, cujo formalismo procedimental garante a imparcialidade (Le Juste, pág. 24). Por fim, o ato de julgar não somente é lógico, mas também moral, ao contribuir para o fim da incerteza, e conseqüentemente, com a paz civil. Por fim, o ato de julgar somente se completa com a execução justa da sanção (Le Juste, pág. 26/27).

Decidir é ato comunicacional que implica em uma tomada de posição, em senso mais forte. É o ponto culminante do processo como prática social (Le Juste, pág. 186). A decisão põe um fim ao jogo de argumentos e contra-argumentos, interrompendo a incerteza. Para que se alcance a decisão, não pode haver processo aleatório. São necessárias regras pelas quais se chega a uma decisão, que, somente neste momento, expressará o direito.

O ato de julgar envolve dois raciocínios: o determinante, em que se finda o processo, e o reflexivo, em que se busca uma regra a um caso novo, criando precedente, na visão de Kant.

Ao realizar o julgamento, repartem-se as esferas de atividade, delimitam-se as pretensões e se corrigem distribuições injustas, definindo-se o que cabe a cada um. O ato de julgar vai além da decisão e da paz social. Traz senso profundo do reconhecimento mútuo: o sucumbente – que apresentou sua prova e argumentos - não deve ver a decisão como uma violência, mas um ato de reconhecimento.

A sociedade difere do esquema de cooperação por se tratar de uma opção de bem comum, consistente em valores partilhados. Há dois sentidos de participação: a participação que cabe a cada um na divisão de bens, e a participação de todos na sociedade (Le Juste, págs. 191 a 192). Assim, o ato de julgar apresenta dois aspectos: decidir, colocar fim à incerteza, separar as partes, e, de outro lado, o reconhecimento de cada um como parte da mesma sociedade. Assim, perder ou ganhar a causa significa haver o justo do esquema de cooperação que é a sociedade.

A deliberação que leva ao juízo é o resultado de um raciocínio dialético que requer prudência. A prudência pregada por São Tomás é virtude especial da sabedoria prática, que versa sobre ações humanas que não são necessárias, mas contingentes (A Reconstrução dos Direitos Humanos, pág. 276). O raciocínio analítico é demonstrável. O raciocínio dialético é provável. O primeiro é atemporal. O segundo tem temporalidade, que pode ser tanto retrospectiva do observador ou prospectiva do ator.

O jusnaturalismo, com pretensão universal e racional, dissociou a Retórica da política e do Direito. Impôs ao Direito a operacionalidade da “*demonstratio*”, da subsunção da norma ao fato num esquema de teorema, em detrimento da “*interpretatio*”. Elimina-se com isso a autonomia e a responsabilidade do juízo enquanto saber prático, passando a lei a ser aplicada sob a forma de silogismo. E com isso, enfatizou-se não o momento de elaboração do juízo reflexivo, focando-se o Direito exclusivamente o momento da aplicação da norma ao fato, o que criou disparidade entre a realidade social e a formal.

Ocorre que a aplicação do direito sempre gerará direito atualizado. Há fluxo de espaço e tempo entre a descrição da hipótese legal pelo legislador e a sua identificação no mundo real, possibilitando a qualificação através de outros conceitos. Abre-se espaço para a interpretação, tomando-se “*a lógica da experiência jurídica é a do razoável (...) e baseia-se num raciocínio que busca persuadir e convencer diante da impossibilidade de demonstrar*” (Lafer, pág. 283). O significado da lei deve levar os fins do Direito, e exige a adoção de critérios de justiça que legitimem a ação do juiz. Com isso, há a retomada e valorização do raciocínio reflexivo, superior e anterior ao juízo determinante imposto pelo direito positivo. A deliberação requer “*phronesis*” – sagacidade, atributo indispensável da razão prática -, pelo qual se compreende o bom e o mau para o homem.

Kant propõe a mentalidade alargada como capacidade de pensar no lugar e na posição dos outros. Tal exercício demanda diálogo, que depende de espaço público da

palavra e da ação, com coincidência do comum e do visível (A Reconstrução dos Direitos Humanos, pág. 297). Aqui nasce o juízo prospectivo, que depende da percepção do que há de particular e específico numa dada situação.

Ao lado do juízo prospectivo, existe também o juízo silencioso, o gosto, a caracterizar o juízo reflexivo. Ele lida com as particularidades do mundo. Apesar de auxiliado pela razão, ele é autônomo, e indica preferências pessoais. Segundo Arendt, inspirada em Kant, através dos juízos reflexivos derivam-se as normas do particular. Não o contrário – subsumir-se o particular ao universal (*apud* Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, pág. 302).

Kant oferta a humanidade como ideia regulativa da razão. À ela soma-se a validade exemplar: o exemplo está para o juízo reflexivo assim como o esquema está para a cognição; o exemplo leva à generalização dos juízos reflexivos. Com isso, o exemplo adquire validade que vai além dos seus respectivos percursos históricos, e coloca o homem dentro de seu mundo (*A Reconstrução dos Direitos Humanos*, pág. 305).

3. Julgar e fazer justiça

À luz dos ensinamentos de Ferraz Júnior, topicamente, somente se permite dizer se houve prática de ato de justiça referente a um determinado momento do homem (Est. de Fil. Do Dir., pág. 250). Ser ele julgado justo ou não é algo a ser feito na avaliação final de sua vida. Ocorre que o desprezo radical do homem leva à antecipação da análise da definição do momento da auto-apreciação do homem como justo, refletindo o juízo que faria com sua morte.

A fonte imediata do direito é a capacidade de julgar, que transmuda a dor muda e inarticulada em algo comunicativo, voltado para os outros. O ato de julgar impõe a justa relação à percepção de injustiça.

Há similitude com a arte: a morte (negação do ser) transforma-se em vida (afirmação do ser). Há em primeiro lugar uma materialização, que é interpretada e repassada a outro, o que lhe dá vida como linguagem. As partes, ainda, devem ter liberdade de aderir à comunicação. A materialização, ainda, marca a distância entre a fonte original e o destino no mundo. Reduzir o direito à norma é identificá-lo com sua materialização, o que é errado. Os operadores devem ter a liberdade não somente para início da comunicação, como também no seu decorrer, permitindo-se o pleno entendimento do conteúdo da linguagem.

No âmago do julgamento, esconde-se o pensamento, vez que o direito pensado, nos julgamentos, é memória e organização conceitual. O julgador precisa da cultura para estruturar seu pensamento jurídico, ainda que se valha de modelos. O juiz e o artista olham a realidade,

realizando uma escolha por certa subjetividade e utilidade para a sua obra. Ainda, ambas as atividades não se satisfazem com estar de acordo consigo mesmo, exigindo capacidade de pensar no lugar das demais pessoas – ou seja, são direcionados ao seu público. O juízo do acordo com o público antecede o próprio juízo de utilidade, o objetivo de criar um mundo comum, a partir do qual as coisas se revelam úteis ou inúteis. Por isso, a necessidade de respeito e atenção à opinião das partes. Ainda, a verdade é limitada, a exemplo da arte, vez que o método de obtenção da decisão pode não corresponder à verdade plena. O senso de justiça examina e decide dentre os argumentos e provas, com moderação e prudência. Introduce-se o componente paixão, conferindo-lhe significação humana, sua interpretação do verdadeiro. Isto implica na necessidade de opção entre qualidades e verdades, elevando-se acima do conflito do mundo, cujas coisas devem ser tratadas com atenção e carinho. Tal, por seu turno, leva à busca de um ideal que nunca é atingido. A espontaneidade do juízo implica na irredutibilidade a modelos, manifestada pela equidade, que sempre exige renovação. Há conflito entre a padronização racional e o relativismo ético. Por isso, o senso de justiça precisa de regras, vez que lida tanto com o regular como com o irregular. Mas o que revela o senso de justiça é a existência humana infracionada no mundo.

A morte é situação extrema de sem sentido. É um nada, a partir do que tudo é. A morte revela a contrassenso o sentido da vida, ao colocá-la como liberdade. A liberdade tem sentido de criação, e permite ao homem a espontaneidade.

O estranho é a angústia criada pela morte dos outros, e é o princípio da vida em comum. O estranho se volta à morte alheia, que faz chamar a atenção dos demais à vida e à liberdade de seu gozo. A falta de comunicação é negação da liberdade do outro, e representa a sua morte. O conflito nasce da comunicação da insignificância do outro, impondo a convivência em comum com a limitação das liberdades de forma negativa: viver em comum é viver normativamente. O senso de justiça, assim, se expressa como antecipação da insuportabilidade do sem sentido da própria morte e a inconsistência da liberdade. A percepção do injusto antecede a do justo. *“O sentido de justiça revela-se, no juízo de significância e insignificância conforme normas, como a afirmação do outro, o seu sentido de ser livre, e com a negação do outro, o seu sentido de ser morto, não ser em comunicação”*. Em contrassenso, a injustiça implica não somente na negação do outro, mas a negação da relevância dos argumentos esgrimidos contra a sua negação. Aqui está o cerne da injustiça: na negação absoluta da significância, em que o outro não conta (Est. de Filos. de Direito, págs. 250 a 261).

A sensação de injustiça, portanto, vem associada em primeiro lugar em negativa de sucesso na comunicação, a causar, por conseguinte, fatal negativa de liberdade. A essência da mitigação da sensação da injustiça passa, por conseguinte, na percepção da relevância e internalização de discursos.

4. Ato de julgar e a efetividade do sistema jurídico

A aplicação da lei em concreto é a situação extrema de verificação da plausibilidade da norma jurídica, em que se verifica a sua efetividade através da sua aplicação no mundo real. Tal verificação se dá pelo próprio Estado que a criou. Não mais pelo legislador, contudo, que é gerador das normas genéricas, mas agora pelo juiz, que tem o poder de gerar ordens específicas, endereçadas àqueles que serão direta e concretamente afetados por sua aplicação.

Neste momento, caracteriza-se o controle final da efetividade do sistema legal. O momento do respeito à decisão judicial e da concretização dos preceitos abstratos no mundo real irá conferir o sentido exato, poder e alcance daquilo que o legislador pretendeu prescrever.

Através da decisão judicial verifica-se, em primeiro lugar, a correspondência do sistema legal às noções de justiça dos membros da sociedade em geral. De forma geral, em decorrência da vagueza da definição de justiça, os membros da sociedade buscam de forma atomizada a aplicação do Direito como acepção particular do que entendem como justo. Tal concepção muitas vezes não encontra eco no disposto pelo legislador. Por isso, cabe ao juiz, nestas situações, harmonizar a lei com o conteúdo do justo.

A operacionalidade de subsunção da norma ao fato, contudo, desumaniza a justiça. Dispensa-se aqui a autonomia e liberdade do pensamento do juiz para a aplicação fria da lei. Na realidade, através da decisão se verá a relevância que o julgador deu aos argumentos das partes, demonstrando que seus argumentos efetivamente foram considerados no momento da decisão, o que implicará não necessariamente na aceitação da decisão, mas ao menos, na justiça do processo.

Não se deve olvidar, contudo, que o principal e mais primário objetivo de um sistema jurídico é apontar normas de comportamento para os membros de uma determinada sociedade. A geração de normas de mais diversos conteúdos através de adoção de parâmetros multiformes pelo legislador, que é sempre influenciado por contingências sociais ou históricas que permitem em última instância a atualização do sistema jurídico. Por outro lado, a contingência cria a colisão entre preceitos inspirados em princípios temporais incompatíveis que se sucedem, e que devem ser harmonizados dentro de um sistema.

Neste momento a ação do judiciário tem dúplice função. Confere unidade ao sistema jurídico trazendo regras para a interpretação uniforme e harmônica das normas nele contidas.

5. Justiça horizontal e vertical no ato de julgar

Aqui, mais uma vez, vê-se a existência do eixo horizontal do justo, com a instauração da relação dialógica entre as partes para a solução de um litígio. Tal diálogo volta-se à extração da definição do que cabe a cada um, não de forma direta, mas através da instituição. A relação dialógica intermediada cria distância entre as partes, o que lhes conferirá garantia de uma decisão de caráter horizontal de forma justa, garantindo a igualdade de tratamento das partes para aplicação da norma. Observe-se que a instauração da relação, permitindo a ambas as partes o diálogo, compõe a relação de justiça como relevância do outro para a tomada de uma decisão.

No eixo vertical, por seu turno, existe uma ordem constituída, que estrutura hierarquicamente os valores humanos. Busca-se o bom, através de instituições justas a que todos têm acesso, como finalidade principal. Para a concretização de tal ordem justa, por seu turno, impõe-se a instauração da relação dialógica através do processo judicial. A ordem vertical é aqui corporificada através da instituição, que dará, no caso concreto, a solução do litígio. As partes tornam-se terceiros em relação ao Estado, cujo poder soberano é corporificado pelo juiz.

Na realidade, ambos os lados tem correlação. Enquanto o legislador preocupa-se com as linhas genéricas da ordem do sistema legal, o ato de julgar cuida da sua aplicação específica, permitindo a frutífera convivência de direitos e a consequente eliminação de conflitos criados pela colidência de espaços de liberdade garantidos pelo legislador. Há verdadeira sintonia fina do direito, em que se define, caso a caso, o alcance dos dispositivos de forma a garantir a convivência dos direitos das partes envolvidas em situação concreta.

O pressuposto de tal ato, contudo, é a constituição de espaço público comum, em que se se criam parâmetros de enunciação e entendimento entre aqueles que devem tomar parte da atividade judicial, tida como forma de comunicação.

Não basta a colocação da norma adequada ao caso concreto. A subsunção, por si, é insuficiente para a colocação da norma justa. É necessário que o espaço existente entre a norma fixada em abstrato pelo legislador e o caso concreto seja preenchido não somente pela lei abstrata, mas também pela percepção do julgador a respeito da realidade que o cerca.

Daí a necessidade do juízo reflexivo, focado no homem, como norte superior e certo para a aplicação da norma jurídica. O juiz deve observar que o ordenamento jurídico, como instituição voltada para a satisfação das necessidades humanas dentro de uma sociedade, tem como valor último a instauração de uma sociedade em que os homens tenham a oportunidade de convivência mútua respeitosa. Ou seja, a valoração

dos fatos deve se dar através do máximo respeito ao homem dentro da sociedade que o cerca, compatibilizando-se suas expectativas com aquelas dos demais membros.

Além disso, o julgador, ao decidir, forma seu convencimento à luz da lei. Mas a lei não é interpretada friamente. O julgador, para análise concreta da situação em tela, coloca também seus valores pessoais e seu entendimento do mundo, o que consubstancia a sua sabedoria prática a respeito da matéria. Não pode se resumir a aplicar a lei friamente, mas para que ela tenha o alcance teleológico previsto pelo legislador, deve vir configurada com os demais componentes da situação específica em tela, cabendo ao julgador analisá-las. Isto porque a ordem jurídica não é somente a lei posta. A justiça da aplicação da lei é condicionada à correta interpretação daquilo que o legislador pretendeu com a proposta legal, e, em especial, o respeito ao homem dentro da sociedade, que é fonte informativa e justificadora de todo o sistema legal.

A justa aplicação da lei, por seu turno, também deve ser encarada formalmente, sob o âmbito do processo. Isto porque para que o processo chegue ao termo de pacificação social, é necessário que as partes sejam convidadas a participar do processo de solução de litígios, e, em se querendo, possam apresentar seus argumentos e provas. Com isso, envolvem-se na obtenção do resultado em seu favor, e, ainda que não o obtenham, acabam por conseguir ao menos manifestação satisfatória do porque não o conseguiram. Tal situação diminui a resistência do sistema, além de transmutar a energia da autotutela em procedimento controlado pelo Estado.

Nem sempre é possível alcançar um resultado justo no processo. Isto porque na realidade ele se apresenta como espelho da realidade, insuficiente para recriá-la como um todo. De fato, o objeto do processo não é a busca da verdade, mas da pacificação social, agindo-se dentro de limites formais nesse sentido. Observe-se, não obstante, ser imperativa a liberdade das partes em litígio de participar do processo, embora possam não fazer uso de tais faculdades.

O processo, assim, torna-se espaço para a discussão comum, cabendo às partes envolvidas e ao juiz o estabelecimento de linguagem e procedimento para a busca do interesse de todos, qual seja, a solução do litígio. A vedação da participação do outro, por seu turno, coloca não somente a irrelevância de seus argumentos, que seriam apreciados pelo juiz, em uma situação satisfatória, mas a sua irrelevância absoluta, de forma a criar a sensação de injustiça.

É cediço, outrossim, que o processo tem patentes limitações. O estreito campo da legitimidade de partes, os velhos princípios *ne procedat iudex ex officio*, a impossibilidade de julgamentos *extra petita* e *ultra petita* tornam o processo um meio limitado, um caminho estreito que muitas vezes não permite que a solução jurídica do conflito alcance em plenitude a solução do conflito social.

Daí o sucesso das novas formas de solução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação, que partem do pressuposto da participação voluntária das partes na negociação, evitando a sensação de injustiça do argumento não considerado. Ainda, a permitir a integração de quaisquer argumentos ao discurso para construção de uma vontade comum.

6. Conclusão

Neste trabalho, buscou-se em apertada síntese a evolução histórica da noção de justo, constatando-se a sua vagueza em tempos modernos. Apesar de sua vagueza ser característica necessária para que a lei seja um instrumento hábil a atender os mutáveis anseios sociais, deve ela ser temperada por certos princípios superiores à lei, que, contudo, são inerentes ao sistema jurídico.

Agrega-se à lei, para se dar funcionalidade ao sistema, o conhecimento prático dos operadores do sistema, conferindo razoabilidade ao ordenamento jurídico, sem o que ele perde a sua humanidade. Há que se exercitar um procedimento de pacificação menos técnico e mais humano, a permitir a exposição das partes a argumentos recíprocos, valorização de seus pontos de vista e sua justificação em eventual decisão final, a mitigar a sensação de injustiça.

Ainda assim, o processo se demonstra como forma limitada de consecução da justiça. Por isso, hoje, há que se falar na utilização de outros meios fora a adjudicação para solução dos conflitos como forma efetiva de pacificação social.

Neste passo, o viés de ordem sempre prevaleceu na concepção do sistema legal, razão porque sempre se fala em ordenamento jurídico, concebido por um ente superior, seja ele Dike, Deus, ou uma ordem universal. Ocorre que nas particularidades, e não nas grandes linhas ordenadoras, surgem as fissuras nos sistemas lógicos. Tais fissuras estão longe de ser indesejáveis. Pelo contrário, temperam a ordem ao introduzir o novo, o progresso, de que depende a autopoiese do sistema jurídico, sempre dependente de reequilíbrio que pondere o velho e o novo, a tradição e a ruptura, respeitando a tradição fundada pelos gregos que prestigia a *phronesis* e o meio termo fundador da convivência.

7. Bibliografia

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano*, Editora Edipro, 2002,

BOBBIO, Norberto, *Teoria Geral da Política – A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Editora Campus, 2000

CALVEZ e PERRIN, *Jean-Yves e Jacques, Igreja e Sociedade Econômica*

DEL VECCHIO, George, *La Justice*, 1959

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Estudos de Filosofia do Direito, Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, Editora Jurídica Atlas, 2ª. Edição, 2003

HOBBS, Thomas, *O Leviatã, ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, Ícone Editora, 2ª. Edição, 2003

KELSEN, Hans, *O que é Justiça*, Editora Martins Fontes, 3ª. Edição, 2001

LAFER, Celso, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*

MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, Fontana Press, 1962, 21ª. Edição, 2005

PLATÃO, *A República*, Editora Edipro, 2001

RAWLS, John, *Uma Teoria da Justiça*, Editora Martins Fontes, 2002

Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Editions Esprit, 1995

ROSS, Alf, *Direito e Justiça*, Editora Edipro, 2003

ROUSSEAU, Jean Jacques, *O Contrato Social e Outros Escritos*, Editora Cultrix.

A problemática do acúmulo de crédito de ICMS e a sua relação com os obstáculos criados pela Fazenda Pública Estadual que acarretam constante violação do Princípio Constitucional da não cumulatividade tributária e da Lei Complementar 87/96.

Guilherme Assis de Carvalho
Mérces da Silva Nunes

Resumo

Este artigo apresenta um breve estudo sobre o ICMS e a sua relação com o princípio da não cumulatividade em determinadas operações, em decorrência do comportamento do Estado. Serão abordados alguns aspectos históricos relativos ao desenvolvimento do ICMS no Brasil bem como definidos os principais conceitos que o envolvem, com ênfase na aplicação do princípio da não cumulatividade. Logo após, será aberta a discussão sobre a natureza do crédito de ICMS, a problemática do acúmulo desse crédito e as operações que lhe dão causa, bem como suas formas de utilização. Por fim, serão analisadas as restrições promovidas pelos Estados, no que tange ao escoamento dos créditos acumulados e as consequentes violações da lei regulamentadora do ICMS e da Constituição Federal.

Palavras chave: ICMS. Crédito de ICMS. Acúmulo de crédito de ICMS. Transferência de crédito de ICMS. Princípio da não cumulatividade.

Abstract

This monograph presents a brief study on the ICMS and its relationship with the non cumulatvity principle, and the impracticability of the effective application of this principle as result of the state behavior. Various topics will be discussed, beginning with the history and development of the ICMS in Brazil and the definition of key concepts that surround it, then going through its joint to the non cumulatvity principle application. Shortly after, opens discussion about the nature of ICMS, the problem about accumulation of its credit and operations that gives cause to this, as well as the forms of using accumulated credit. Finally, there will be emphasis on the restrictions promoted by states regarding the disposal of accumulated credits and the consequent violations of regulatory law of the ICMS and the Federal Constitution.

Keywords: ICMS. ICMS credit. ICMS credit accumulation. Transfer of ICMS credit. Non cumulatvity principle.

1. Introdução

Este estudo tem por objetivo discutir a incoerência identificada no Sistema Tributário, relacionada ao acúmulo de crédito de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), originário da realização de algumas operações de saída, cuja legislação não autoriza a utilização do crédito de ICMS, em especial, às operações de saída interestadual de produto importado, saída para exportação, entre outras.

A relevância da discussão resta evidenciada, sobretudo, porque a referida incoerência acerca do tema se refere a instituto idealizado na Constituição que visa tornar efetiva a tributação sobre o consumo e, ao mesmo tempo, expurgar o caráter confiscatório do ICMS, mas que traz na sua aplicação prática um efeito adverso, consistente na violação permanente dos textos constitucional e infraconstitucional, promovida pela maioria dos Estados.

O efeito adverso que impacta diretamente a saúde das empresas que atuam no mercado brasileiro consiste na cumulação de crédito de ICMS, originário do resultado entre as operações de entrada e saída, sendo certo que, em diversas operações de saída, a legislação não autoriza a utilização do referido crédito de ICMS, gerando o acúmulo de crédito.

A problemática se encontra justamente no fato de a operação posterior não permitir que o contribuinte realize a compensação desse crédito de ICMS, causando o acúmulo, e se agrava, quando a empresa executa a exploração de sua atividade com foco nesse tipo de operação.

Portanto, quando a empresa tem acúmulo de crédito de ICMS e ainda possui como principal atividade situação geradora de aumento do acúmulo de crédito, há grande risco para a saúde financeira da mesma e risco indireto para a economia nacional, visto que esse tipo de situação afasta investimentos.

Com base nas questões apresentadas anteriormente, o estudo será desenvolvido em relação ao direito de crédito de ICMS, às operações que geram o crédito acumulado e as formas instituídas pela legislação para utilização desse crédito acumulado e, por fim, serão analisadas as restrições impostas pelos Estados que inviabilizam a utilização efetiva do crédito acumulado de ICMS.

I – O ICMS e o Princípio da Não-cumulatividade

1.1) Introdução, origem e evolução do ICMS

O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) onera as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, além dos serviços de comunicação. Em momento anterior ao advento do atual diploma constitucional, o ICMS incidia apenas sobre as operações de Circulação de Mercadorias, sendo comumente chamado de ICM.

Antes, ainda, da instituição do ICM e posteriormente do ICMS, vigorava no Sistema Tributário brasileiro o Imposto Sobre Vendas e Consignações (IVC), que também tinha por finalidade tributar o consumo. O IVC era um imposto de natureza essencialmente mercantil, sendo que cada operação de venda caracterizava um fato gerador distinto. Dessa forma, o referido imposto incidia em todas as vendas ocorridas no processo de produção e circulação do bem até chegar ao domínio do consumidor, sendo considerado um imposto com incidência em “cascata”. Logo, a base de cálculo era sempre o valor de venda da mercadoria em cada operação. Essa sistemática provocava o efeito de elevar o preço das mercadorias para o consumidor final, gerando distorções e consequências negativas, tais como, a desaceleração do consumo em razão do caráter confiscatório ao referido imposto.

O ICM foi introduzido no cenário nacional por meio da Emenda Constitucional 18 de 1965 em substituição ao IVC, e trouxe como grande mudança a não cumulatividade, isto é, o imposto passou a ser considerado um imposto sobre o valor agregado à mercadoria, de forma que, por meio da sistemática da não cumulatividade aplicada em cada operação em que ocorria o fato gerador, o mecanismo de compensação entre débitos e créditos resultava na cobrança do imposto apenas sobre valor agregado na referida operação.

Com a Emenda Constitucional 03/93 restou consolidada a definição do ICMS tal como hoje se apresenta, em virtude da alteração introduzida por esta emenda que transferiu da União para os Estados a competência para tributar as prestações de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, bem como os de comunicação. A título de esclarecimento e, ainda, que não seja o foco deste estudo, cumpre ressaltar que a CF/88 também trouxe modificação relativa aos impostos incidentes sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, energia elétrica e minerais que passaram a integrar o campo de incidência do ICMS.

1.2) ICMS: Conceito, aplicação e características

A hipótese de incidência do ICMS é a realização de operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, pouco importando se o início da operação ou prestação se deu em território nacional ou no exterior. Em relação à prestação de serviços, não há margem para interpretações alheias ao sentido da norma, visto que é negócio jurídico que exprime uma obrigação de fazer. Todavia, no que tange à operação em que há circulação de

mercadoria é de suma importância ressaltar alguns conceitos que permitem compreensão inequívoca acerca do seu alcance.

Segundo a doutrina de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, a circulação de mercadoria consiste em:

“Circular significa, para o direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, circula para efeitos jurídicos.” (COELHO; DERZI, 2004, p. 144 *apud* ATALIBA; GIARDINO, 1997, p. 111).

Corroborando o conceito acima, entende Paulo de Barros Carvalho:

“(...) circulação de mercadoria será sempre movimentação como forma de transferir o domínio, como mudança de patrimônio, como execução de um contrato translativo da titularidade da mercadoria.” (COELHO; DERZI, 2004, p. 143 *apud* CARVALHO, 1981, p. 74).

Neste contexto, imperioso explicitar o conceito de mercadoria adotado por Paulo de Barros Carvalho:

“A natureza mercantil do produto não está, absolutamente, entre os requisitos que lhe são intrínsecos, mas na destinação que se lhe dê. É mercadoria a caneta exposta à venda entre outras adquiridas para este fim. Não será aquela que mantenho em meu bolso e se destina a meu uso pessoal. Não se operou a menor modificação na índole do objeto referido. Apenas sua destinação veio a conferir-lhe atributos de mercadorias.” (COELHO; DERZI, 2004, p. 144 *apud* CARVALHO, 1981, p. 207).

Assim quando se trata de ICMS, os conceitos de operação, circulação e mercadoria devem ser interpretados de forma conjunta, considerando-os complementares uns dos outros, a fim de que seja alcançado o efeito originariamente pretendido pelo legislador, que é a tributação do consumo de forma coerente e menos gravosa em toda a cadeia de circulação de bens e serviços, do produtor ao consumidor final.

Importante ressaltar também que o ICMS possui como característica a seletividade facultativa, isto é, fica a cargo do ente tributante instituir a seletividade, que consiste em tributar de forma menos gravosa os bens de grande utilidade e necessários para a sociedade, a fim de que estes cheguem ao consumidor com valor mais acessível.

1.3) Princípio da Não Cumulatividade: origem, conceito e sua aplicação no ICMS

Imprescindível, antes de prosseguir, explicitar as definições de imposto plurifásico e monofásico. Entende-se por plurifásico o imposto que incide em cada etapa do ciclo

econômico e, por monofásico, o imposto que incide sobre o valor final da mercadoria, ao término do ciclo econômico. O imposto plurifásico, por incidir em cada etapa, poderá tomar como base o valor total da operação ou apenas a diferença entre o valor total dessa operação subtraído do valor total da operação anterior e pode ser cumulativo ou não cumulativo.

Ainda, corroborando o entendimento do ICMS, enquanto imposto plurifásico, destaca o Min. Dias Toffoli:

(...) Embora o ICMS seja tributo conferido à competência impositiva dos Estados-membros, a circunstância do mesmo qualificar-se como imposto 'plurifásico' ou de 'múltipla incidência' faz com que seus efeitos não se produzam, apenas, nos limites territoriais da entidade tributante, mas se estendam a outras Unidades Federadas. (BRASILIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 598.677/RS, Relator: Min. Dias Toffoli, 2011)

Cumprido ressaltar que os impostos plurifásicos incidem em várias etapas até chegar ao consumidor final, de sorte que a não cumulatividade impõe-se como o instituto criado para viabilizar a incidência do imposto apenas sobre o valor adicionado e neutralizar o efeito confiscatório decorrente dessa excessiva tributação. Dispõe a norma que a não cumulatividade consiste no abatimento ou dedução do valor do tributo pago ou devido na operação anterior, de forma que, em tese, seja tributado apenas o valor agregado ou adicionado em cada operação.

Em que pesem as críticas feitas por Hugo de Brito Machado a respeito da técnica de tributação baseada no princípio da não cumulatividade, quais sejam: (I) aumento da complexidade da administração do imposto; (II) abertura da possibilidade de ocorrência de fraudes; (III) necessidade de legislação detalhista, entre outras, o princípio da não cumulatividade tem aplicação imprescindível, tanto que surgiu como um norteador do sistema brasileiro para os impostos plurifásicos, no sentido de evitar as consequências negativas geradas pela cumulatividade que vigorava no cenário tributário, em relação às quais merecem destaque: (I) injusta repercussão nos preços praticados no mercado; (II) verticalização das empresas (formação de monopólios), que acabavam por procurar cada vez mais se integrar para evitar a incidência cumulativa do imposto; (III) injusta distribuição da carga tributária sobre o consumo.

Sobre a necessidade de aplicação da não cumulatividade, afirma André Estrella:

(...) desonera a produção econômica e desestimula a criação dos monopólios. Assim, as mercadorias básicas, que sustentam o mínimo existencial, podem ser consumidas pelos menos favorecidos na economia, a um custo mais baixo.

E, ainda, sobre as vantagens oriundas da aplicação da não cumulatividade, prossegue o referido autor:

(...) torna o tributo neutro, sob o ponto de vista da concorrência e competitividade, onera o consumo, e não a produção; apresenta maiores vantagens ao Fisco no que se refere à arrecadação e à fiscalização do tributo. (PIMENTA, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 360)

O princípio da não cumulatividade tem origem na França e, no ano de 1954 os franceses criaram a “*Taxe sur la valeur ajoutée*”, tributo que incidia apenas sobre o valor agregado.

O sucesso da implantação efetiva do imposto não cumulativo na França foi determinante para assegurar sua expansão para outros países, entre os quais, Dinamarca em 1967, Alemanha em 1968 e Inglaterra em 1973.

No Brasil, a não cumulatividade foi adotada primeiro para o Imposto de Consumo, por disposição inserta no artigo 25 da Lei 4502/64. Todavia, foi alçada à categoria de princípio constitucional na Constituição de 1946, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18/65, por meio da qual passou a ser aplicado Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) e o ICM.

No diploma constitucional atual, o princípio da não cumulatividade está previsto no artigo 153, §3º, II, em relação ao IPI e no artigo 155, §2º, I em relação ao ICMS. O princípio da não cumulatividade é ferramenta crucial para a manutenção de um mercado justo e coeso, tanto que possui como fundamento a neutralidade da concorrência, de forma que os preços dos bens e serviços objeto do ICMS se mantenham adequados à realidade mercantil, não impactando negativamente no desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, afirma Roque Antonio Carraza:

Por meio do princípio da não-cumulatividade do ICMS o Constituinte beneficiou o contribuinte (de direito) deste tributo e, ao mesmo tempo, o consumidor final (contribuinte de fato), a quem convêm preços mais reduzidos ou menos gravemente onerados pela carga tributária.

Portanto, com a não-cumulatividade, mereceram tutela constitucional o contribuinte do ICMS particularmente considerado e, de modo mais amplo, o interesse econômico nacional.

Sustentando o mesmo entendimento, afirma José Maria Zanuto:

Não integrando a regra-matriz de incidência do imposto, a não cumulatividade produz efeitos sobre a etapa de extinção do crédito tributário: vale dizer, traduzindo-se em um direito a compensação do valor do imposto pago nas operações anteriores, a não cumulatividade

assegura ao contribuinte o pagamento do crédito tributário - ou de parte do crédito tributário - resultante das operações de saída de mercadorias mediante compensação, liberando-o da obrigação de desembolsar o valor integral do crédito em dinheiro.

O princípio da não cumulatividade torna o ICMS um imposto neutro, que não interfere na concorrência e na competitividade do mercado, nem, tampouco influencia no preço, onerando somente o consumo e não a produção ou o comércio. Nesse sentido, afirmam Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi:

“Tal tributo não onera, assim, a força econômica do empresário que compra, vende ou industrializa, porém a força econômica do consumidor (...).”

A aplicação do referido princípio ao ICMS é essencial para que o tributo resguarde as características acima mencionadas. Vale ressaltar importante definição do STF sobre o tema:

“O princípio da não cumulatividade de certos tributos, como o ICMS, tem por objeto impedir que, na composição do preço da mercadoria, nas diversas fases de seu ciclo econômico, mormente na última, de venda ao consumidor final, a parcela representativa do tributo venha representar percentual excedente do que corresponde à alíquota máxima permitida em lei. Em suma, previne excessos resultantes de tributações sucessivas. Opera ele, como disposto no art. 23 da CF/69 (art. 155, parágrafo 2º, I, da CF/88), por meio de compensação do tributo pago na entrada da mercadoria com o valor devido por ocasião da saída, significando, na prática, que a operação de venda é tributada tão somente pelo valor adicionado ao preço. Evita-se, por esse modo, cumulação do tributo.” (BRASILIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE. 125.106/SP, Relator: Min. Ilmar Galvão, 1994)

Logo, o princípio da não cumulatividade contribui para a aplicação mais adequada e racional do ICMS no sistema tributário brasileiro, visto que evita, como anteriormente mencionado, os excessos resultantes de tributação sucessiva, bem como afasta o caráter confiscatório do tributo. Ainda, proporciona liberdade concorrencial e preço menor dos produtos em geral, porque desonera a cadeia de produção e circulação de mercadorias.

II - Acúmulo de crédito de ICMS e suas consequências negativas

2.1) Direito ao crédito de ICMS

O direito ao crédito de ICMS surge em decorrência do princípio constitucional da não cumulatividade é insito à estrutura de funcionamento e apuração do próprio tributo. É uma ferramenta importante na metodologia adotada pelo legislador, notadamente porque se destina a dar efetividade ao instituto da não cumulatividade.

Portanto, pode-se considerar o direito à tomada de crédito de ICMS como uma garantia à aplicação do princípio da não cumulatividade. Todavia, apenas o fato isolado do direito à escrituração do crédito da quantia destacada na nota fiscal por ocasião da entrada no estabelecimento de bens ou serviços anteriormente onerados pelo ICMS, não garante a eficácia da aplicação da não cumulatividade, visto que tal eficácia dependerá diretamente da possibilidade futura de o contribuinte utilizar esse crédito.

Ainda, sobre o crédito de ICMS, cumpre salientar que se trata de um crédito de natureza escritural, nos termos do artigo 23 da LC 87/96, o que significa que apenas pode ser considerado caso esteja destacado em Nota Fiscal, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com o crédito de PIS/COFINS, que para ser tomado não necessita estar destacado em Nota Fiscal. Essa limitação tem fundamento no controle que o fisco exerce sobre as mercadorias e serviços, porquanto se trata de ferramenta destinada à coibir a evasão fiscal, que pode ou não ser proveniente de simulação e fraude, ou seja, sem esse controle focado nas obrigações acessórias envolvendo a escrituração, o Sistema Tributário ficaria à mercê da boa vontade dos contribuintes, a qual nem sempre se manifesta. O destaque em nota fiscal referente ao ICMS não é condição para a existência do crédito, mas funciona como principal meio de controle deste.

2.1.1) Metodologia de eficácia do princípio da não cumulatividade – Método contábil de compensação de débitos e créditos.

Afirma Roque Antonio Carraza, que a não cumulatividade do ICMS surge em decorrência de que:

(...) em cada operação ou prestação é assegurado ao contribuinte, de modo peremptório, pela própria Carta Suprema, uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações ou prestações anteriores.

Diante disso, o cálculo de ICMS pode ser considerado obrigação tributária principal que não, necessariamente, pressupõe pagamento, porquanto muitas vezes o adimplemento dessa obrigação ocorre por meio do instituto da compensação.

Tratando-se de bens e serviços registrados como entrada e, em relação aos quais, ocorre o fato gerador de ICMS e, não sendo a empresa adquirente consumidora final, o controle é feito por meio da escrituração do crédito dos valores destacados nas notas fiscais como valor de ICMS cobrado na operação anterior e que corresponde ao valor exato do ICMS que fora cobrado durante todo o processo.

Isto é, todos os produtos e serviços onerados pelo ICMS que entram no estabelecimento adquirente dão direito ao crédito, desde que condicionados a saída tributada. Em outras palavras, somente darão direito ao crédito se a eles não se puder

aplicar a isenção ou não incidência referidas no inciso II, § 2º, do artigo 155 da CF/88. O crédito efetivado será utilizado para realizar o abatimento do valor devido de ICMS incidente sobre as saídas tributadas. Se deste abatimento restar algum valor, esse será o montante de ICMS a recolher. Por outro lado, se ainda sobrar crédito de ICMS a abater, esse saldo poderá ser transferido para o período subsequente. Por meio desse método escritural de compensação de débitos e créditos, verifica-se a aplicação da sistemática prevista no ordenamento jurídico pátrio para a efetivação do princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Segundo Roque Antonio Carraza:

“A não-cumulatividade no ICMS leva em conta as operações ou prestações realizadas num dado período de tempo (...). Sendo os débitos superiores aos créditos, há imposto a recolher. Do contrário, isto é, se os créditos forem maiores que os débitos, inexistirá o imposto a pagar, senão créditos a transferir para o próximo período de apuração.”

A propósito da implementação da referida sistemática, ensina André Estrella:

(...) o contribuinte procede à escrituração contábil no livro fiscal de registro de apuração de ICMS dos débitos e créditos do imposto. Vale dizer, como regra geral, a cada ‘entrada’ de mercadoria em seu estabelecimento (operação anterior) gera um crédito contábil e a cada ‘saída’ de mercadoria de seu estabelecimento gera um débito contábil (operação posterior)

(...)

Ao final de cada período de apuração, confrontam-se os débitos com os créditos, por meio de uma operação matemática dentro da contabilidade da empresa. Após essa operação o tributo será apurado na conta-corrente do ICMS, conta de resultado. O imposto é apurado pelo valor incidente sobre as vendas (saídas), deduzido do imposto sobre as compras (entradas). Se houver mais débitos (saídas ou vendas) do que créditos (entradas ou compras), implicará na existência de saldo devedor. Esse é o valor efetivamente a ser pago pelo contribuinte. Já se houver mais créditos (entradas ou compras) do que débitos (saídas ou vendas), implicará na existência de saldo credor, indicando créditos acumulados, direito do contribuinte, que poderão ser levados para o próximo período de apuração. Nesse caso, não haverá imposto a pagar pelo contribuinte.

Admite-se, portanto, que a transferência de créditos de ICMS para abatimento dos débitos do imposto relativos ao período subsequente, pode decorrer de duas hipóteses distintas, quais sejam: (i) a existência de saldo credor ou (ii) a existência de crédito acumulado.

A respeito dos conceitos de saldo credor e crédito acumulado, ressalta Vinícius Jucá Alves:

(...) 'saldo credor' é um mero resultado matemático favorável ao contribuinte no sistema de crédito e débito, e ocorre quando o contribuinte tem mais créditos do imposto do que débitos.

(...)

Normalmente, para permitir que o 'saldo credor' seja transferido, os Estados exigem que ele seja 'transformado' em 'crédito acumulado', o que, no mais das vezes, depende da autorização das Secretarias da Fazenda. Na prática, trata-se de um processo em que as autoridades fiscais conferem os créditos e autorizam que eles passem a integrar o Demonstrativo de Créditos Acumulados (DCA) dos contribuintes, ocasião em que se tornam transferíveis.

O saldo credor origina-se do fato de que o valor total de ICMS devido em decorrência das saídas num determinado período é inferior ao valor total de ICMS creditado em decorrência das entradas. Isto significa que os produtos que entraram não são necessariamente os que saíram ou não saíram todos no período em questão. Todavia, quando houver a saída, o ICMS a ser destacado na nota fiscal de saída terá um valor superior ao ICMS que fora destacado na nota fiscal de entrada.

Tratando-se de crédito acumulado, importante salientar que este pode surgir do descompasso existente entre as alíquotas de entrada e de saída ou do fato de a saída não sofrer incidência de ICMS e o legislador competente autorizar a manutenção do crédito ou, ainda, da possibilidade de haver redução da base de cálculo na operação.

Sobre “redução da base de cálculo”, Sacha Calmon Navarro Coelho e Misabel Abreu Machado Derzi, em consulta publicada na Revista Dialética de Direito Tributário nº 27, adotam a seguinte definição:

“(...) base de cálculo reduzida é aquela resultante de incentivo ou regime especial de benefício.”

Todavia, a existência de crédito acumulado - que não se trata de mero saldo credor com aval do fisco para posterior transferência - evidencia situação prejudicial ao contribuinte que não pode exercer o direito ao abatimento e, nessa hipótese o princípio da não cumulatividade não alcança o efeito idealizado pelo legislador constituinte. Trata-se, portanto, de situação na qual a metodologia de aplicação do princípio da não cumulatividade aliada à atividade explorada pelo contribuinte, afeta a eficácia do referido princípio e resulta numa situação de acúmulo de crédito permanente, em razão de o total

de crédito de ICMS ser constantemente superior ao total de débitos, ao contrário do que ocorre com o saldo credor que retrata apenas uma situação momentânea.

Como forma de solução, na hipótese de existência de saldo acumulado de crédito de ICMS, o legislador instaurou outra metodologia de aplicação que visa dar eficácia ao princípio da não cumulatividade, que é a transferência de crédito para terceiros, prevista no artigo 25, II, da Lei Complementar 87/96.

2.1.2) Natureza Jurídica do Regime de Crédito de ICMS

A natureza jurídica do crédito de ICMS é tema frequente de discussão entre os doutrinadores sendo que alguns sustentam que o crédito de ICMS pode ser de natureza tributária ou ter natureza de direito público subjetivo constitucional, ou, ainda, ser de natureza meramente escritural e, por fim, pode ter natureza de crédito no sentido jurídico (exigível prestação patrimonial).

Com o intuito de melhor atender os fins a que se destina o presente artigo, analisaremos apenas os posicionamentos considerados mais relevantes.

O primeiro posicionamento a ser destacado é o defendido por Paulo César Bergstrom Bonilha que entende que o crédito de ICMS além de ser de natureza meramente escritural, possui índole financeira. O referido doutrinador também critica a utilização do termo “crédito”, por entender que a expressão define algo que possui características diversas do significado do vocábulo em sua acepção jurídica.

Afirma, ainda, o doutrinador, referido por Accacio (2001, p. 111), que o crédito:

(...) deve ser entendido dentro de um restrito alcance escritural, pois o ato não cria nem é representativo de direito de crédito na acepção jurídica de que o contribuinte tenha direito, por esse fato, de exigir prestação patrimonial a que alguém (ou o Estado) esteja obrigado.

Para Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, referidos por LIPPO e SOARES DE MELO (1998, p. 131), o crédito de ICMS possui natureza de direito público subjetivo de caráter constitucional, oponível ao Estado na forma de crédito financeiro. Entendem, ainda, os doutrinadores que o direito ao crédito ou abatimento do ICMS seria de eficácia limitada, restrito ao propósito estabelecido na Constituição, que é o de servir para abatimento daquilo que já foi pago nas operações anteriores, não tendo o contribuinte o direito de receber do Estado, independente das circunstâncias, o montante em dinheiro correspondente ao crédito não utilizado.

Por fim, a última corrente tratada neste texto é a idealizada por Alcides Jorge Costa, para quem o crédito de ICMS deve ser considerado um crédito na acepção

jurídica do termo positivado na Constituição, isto é, oponível e compensável com o crédito tributário a favor do fisco. Entende o referido autor que na hipótese de não ser possível ao contribuinte realizar a compensação, a restituição do crédito de ICMS deve ser feita em dinheiro.

Portanto, ser estar impossibilitada compensação como ocorreria, por exemplo, na hipótese de sobrevir o encerramento da atividade da empresa, e não for autorizada a restituição em dinheiro, o imposto e tornará cumulativo afrontando diretamente o princípio constitucional da não cumulatividade.

Confira-se, a propósito, a afirmação do autor:

Na impossibilidade de compensação (...) deve haver restituição sob pena de ocorrer a cumulatividade proibida pela Constituição. A não restituição equivaleria a uma verdadeira 'regra do teto' (règledubutoir) que a lei não refere e seria incompatível com a Constituição. (COSTA apud ACCACIO, 2001, p. 113)

Em que pese o sentido de justiça verificado na solução proposta pelo doutrinador, a ideia de que a Fazenda Pública deve restituir em pecúnia o saldo de crédito acumulado não é bem aceita por alguns autores, nem, tampouco, pela própria Fazenda.

2.1.3) Regime do Crédito de ICMS

O regime de crédito de ICMS se apresenta sob duas formas: o regime físico, preconizado pela Constituição Federal e o regime financeiro, instituído pela Lei Complementar 87/96.

2.1.3.1) Regime de Crédito Físico

O Regime de Crédito Físico, na acepção de Hugo de Brito Machado (1999, p. 133):

Pode ser definido como aquele segundo o qual somente geram créditos as entradas de mercadorias que se destinem a sair do estabelecimento, tal como entraram ou integraram, fisicamente, o produto cuja fabricação constituem insumos.

De acordo com André Estrella, o entendimento que pode ser obtido da leitura sistemática do artigo 155, §2º, I, CF/88, é o de que a aplicação deste regime é assegurada pela Constituição para operação de circulação de bens caracterizados como mercadoria, isto é, apenas as operações de circulação com finalidade econômica podem ser contempladas com a não cumulatividade.

Por sua vez, discorrendo sobre as características do referido Regime, afirma Ricardo Lobo Torres (1997, p.331):

(...) o regime do crédito de ICMS adotado pela CF/88 caracteriza-se por ser físico, real e condicionado. Físico, porque somente gera crédito a mercadoria e não os bens de capital associada, empregada ou participa fisicamente do processo de industrialização ou comercialização(22). Real, pois deve corresponder ao 'montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado'. Condicionado, dado que necessita de posterior saída da mercadoria para evitar a sua anulação. Logo, o crédito fica sujeito à condição resolutória de ulterior desgravação fiscal.

Diante disso, pode-se concluir que o regime físico do crédito de ICMS é assegurado constitucionalmente e autoriza a aplicação da não cumulatividade apenas sobre os bens objetos de operação com destinação comercial.

2.1.3.2) Regime de Crédito Financeiro

Sobre o Regime de Crédito Financeiro, cumpre transcrever a definição de Hugo de Brito Machado:

(...) aquele no qual todos os custos, em sentido amplo, que vierem onerados pelo ICMS, ensejam o crédito respectivo. Sempre que a empresa suporta um custo, seja ele consubstanciado no preço de um serviço, ou de um bem, e quer seja este destinado à revenda, à utilização como matéria-prima, produto intermediário, embalagem, acondicionamento, ou mesmo ao consumo ou à imobilização, o ônus do ICMS respectivo configura um crédito desse imposto. (1999, p. 133)

Diante disso, pode-se considerar que vigora no regime financeiro do crédito de ICMS a não cumulatividade absoluta, visto que leva em conta o elemento financeiro.

Ademais, cumpre salientar que, o regime financeiro tem natureza de benefício legal, pois é regulado por Lei Complementar, enquanto o regime físico, por ter previsão constitucional, tem natureza de direito fundamental.

2.2) Principais operações que geram o acúmulo de crédito

Apresentadas as principais questões sobre o direito ao crédito de ICMS, cumpre destacar algumas das operações que dão ensejo ao acúmulo desse crédito, bem como explanar suas principais razões.

2.2.1) Não Incidência de ICMS na Exportação

O legislador constituinte, nos termos do artigo 155, §2º, X da Constituição Federal (CF), retirou do campo de incidência do ICMS a exportação de serviços e mercadorias. Contudo, autorizou a manutenção do montante pago a título de ICMS nas operações anteriores, ou seja, admitiu a manutenção do crédito como forma de viabilizar a aplicação da não cumulatividade, em consonância com o disposto no artigo 155, §2º, I da CF, *ipsis literis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...) § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...) X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

(...)

A Lei complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), que dispõe sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, em harmonia com o diploma constitucional, estabelece que não incidirá o ICMS sobre as operações de exportação, *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

(...) II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, ou serviços;

(...)

Diante disso, tendo em vista que nas operações de exportação não há débito de ICMS nas saídas, a consequência é o acúmulo de crédito, pois a empresa exportadora tem o direito de se creditar nas entradas, mas esse crédito não é utilizado na compensação, por não ter o que compensar já que não há débito nas saídas para exportação.

A análise da atividade das empresas exportadoras permite a identificação de dois cenários: no **primeiro** a exportação representa parcela pequena dos negócios da empresa, logo, mesmo que as saídas para a exportação não tenham débito de ICMS, se houver outras saídas dentro do país com incidência do referido imposto, poderá ser realizada a compensação com os créditos de ICMS acumulados em decorrência das operações de exportação. Na medida em que as saídas nacionais se tornem mais representativas aumentam as chances de operações com débito de ICMS e, por consequência, aumentam as chances da empresa aproveitar o crédito acumulado proveniente da exportação.

No **segundo** cenário, na hipótese de a exportação representar a maior parte ou toda a atividade da empresa, o montante de crédito de ICMS será elevado. Em contrapartida e, considerando que sobre as saídas de exportação não incide o imposto, o total de débitos será baixo ou até mesmo nenhum e essa situação faz com que o saldo de crédito acumulado de modo constante que, sucessivamente, se arrasta para os períodos subsequentes.

2.2.2) Operações em que há descompasso entre alíquota de entrada e saída

O valor de ICMS a ser pago resultará da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo. Isto posto, o ICMS pago na operação de saída poderá ser tomado como crédito pelo adquirente, desde que a próxima saída seja tributada, ressalvadas as exceções.

Como já discutido anteriormente, o crédito apropriado será utilizado na compensação com os débitos provenientes das saídas tributadas, de acordo com a metodologia empregada pelo Sistema Tributário Nacional. Entretanto, mesmo com o emprego dessa metodologia, existem situações nas quais haverá saldo credor depois de realizada a compensação. Se essas situações forem predominantes na atividade empresarial desenvolvida, o contribuinte acumulará crédito de ICMS, de modo constante, devendo recorrer a outras formas de utilização.

Pela regra geral, há efetivo descompasso entre alíquota de ICMS aplicada na entrada e a alíquota de ICMS aplicada na saída, sendo sempre a alíquota de entrada maior que a de saída. Além desse descompasso, é necessário que o binômio “alíquota x valor da mercadoria (base de cálculo)” na saída seja inferior ao da entrada, gerando um débito menor do que o crédito tomado, pois do contrário, haverá saldo devedor de ICMS, conforme demonstra o exemplo a seguir:

1º Exemplo - Saldo de ICMS a pagar		
	Entrada	Saída
Alíquota	12%	4%
Base de Cálculo	200	700
ICMS	24	28
Resultado do abatimento	4	

↙ **ICMS a pagar**

O primeiro exemplo retrata uma situação em que há ICMS a pagar, mesmo com a diferença entre as alíquotas aplicadas na operação de entrada e na operação de saída, pois o valor da base de cálculo na saída é muito superior ao da entrada. Segue o segundo exemplo:

A hipótese que acarreta acúmulo de crédito segue explicitada no exemplo abaixo:

2º Exemplo - Acúmulo de crédito		
	Entrada	Saída
Alíquota	12%	4%
Base de Cálculo	200	250
ICMS	24	10
Resultado do abatimento	-14	

↙ **Acúmulo de crédito**

Neste segundo exemplo, além do descompasso entre as alíquotas de entrada e saída, sendo a de entrada superior, verifica-se que o resultado do binômio “alíquota x valor da mercadoria (base de cálculo)” na operação de saída mesmo sendo maior do que o da entrada, não é suficiente para equilibrar o débito de ICMS com o crédito tomado, gerando uma situação de acúmulo de crédito.

2.2.2.1) Entrada proveniente de Importação e saída para outro Estado

De acordo com a Resolução do Senado Federal nº 13/12 nas saídas interestaduais de mercadorias provenientes de importação, deve ser aplicada a alíquota de ICMS de 4%, desde que as mercadorias não tenham sido submetidas à processo de industrialização, ou se o foram, ao final possuam conteúdo de importação superior a 40%, ou ainda que não sejam bens ou mercadorias que não tenham similar nacional.

A aplicação dessa alíquota de 4%, considerada baixa, é resultado da tentativa de combater a “guerra fiscal entre os Estados”.

A alíquota de ICMS aplicada na importação é a alíquota interna do Estado importador, sendo que a alíquota interna mínima praticada entre os Estados da federação é de 17%.

Considerando, portanto, a alíquota de entrada de no mínimo 17% e a alíquota de saída de 4%, há efetivo descompasso entre as alíquotas de entrada e saída. E, na hipótese de não ser muito relevante o valor da mercadoria na operação de saída, o resultado da atividade empresarial concentrada nesse tipo de operação será também o acúmulo de crédito de ICMS.

2.2.2.2) Entrada interna com saída para ZFM ou outro Estado

Visando promover o desenvolvimento da Região Norte, foi criada a Zona Franca de Manaus, que tem como característica ser área de livre comércio, de exportação e importação e de incentivos fiscais, além de servir de instrumento de política tributária diferenciada do restante do País.

A saída destinada à Zona Franca de Manaus (ZFM) de produtos industrializados de origem nacional e desde que estes sejam destinados à comercialização ou industrialização nas referidas áreas é isenta de ICMS. Significa dizer que sobre esses produtos não há cobrança de ICMS e, mesmo em se tratando de isenção, é autorizada a manutenção do crédito de ICMS, sem necessidade de se o contribuinte proceder ao estorno, nos termos artigo 93 do DECRETO Nº 7.212, DE 15 DE JUNHO DE 2010.

Importante destacar que no Estado de São Paulo, por disposição inserta no artigo 84 do Anexo I, do RICMS/SP, fica suspenso o ICMS na saída de mercadoria para a ZFM, condicionada a isenção à comprovação da real entrada da mercadoria dentro das localidades da mesma.

Nesse caso, na entrada da mercadoria é aplicada a alíquota interna, referida no item anterior, a qual será no mínimo de 17%, sendo que a saída de mercadoria destinada

à ZFM, conforme acima exposto, é isenta de ICMS. De outro lado e, considerando-se, ainda, que a legislação autoriza a manutenção do crédito, trata-se de hipótese em que haverá crédito e não haverá débito de ICMS. Se a atividade da empresa estiver concentrada nesse tipo de operação, sem que existam outras operações nas quais o débito de ICMS seja maior do que o crédito, haverá acúmulo de crédito do imposto.

Nesse mesmo sentido, merece destaque a situação em que há entrada interna de mercadorias com posterior saída para outro Estado, à qual será aplicada alíquota de ICMS de 7% ou 12%, a depender do Estado destinatário. Também nessa hipótese, haverá descompasso entre as alíquotas, sendo a de entrada sempre maior que a de saída. Logo, se não houver um aumento muito relevante no valor da mercadoria na operação de saída, o resultado da atividade empresarial concentrada nesse tipo de operação será também de acúmulo de crédito de ICMS.

III - A não efetividade das formas de utilização do crédito acumulado de ICMS e a constante afronta dos Estados Membros à Constituição

3.1) Formas de utilização do crédito acumulado vigentes no Sistema Tributário Brasileiro

Em face do princípio da não cumulatividade do ICMS, o Sistema Tributário brasileiro utiliza o Método Contábil de Compensação de débitos e créditos, referido anteriormente, como forma de efetivar a aplicação do referido princípio. Todavia, nem sempre esse método consegue ser efetivo, havendo situações que acarretam o acúmulo de crédito.

Neste contexto, existem outros métodos que autorizam a utilização dos créditos acumulados de ICMS. O artigo 25, §§ 1º e 2º da Lei Complementar 87/96, dispõe sobre a transferência do saldo de ICMS para outro estabelecimento da mesma empresa e para estabelecimento de outra pessoa jurídica, ambos localizados no mesmo Estado, *in verbis*:

§ 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:

I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

§ 2º Lei estadual poderá, nos demais casos de saldos credores acumulados a partir da vigência desta Lei Complementar, permitir que:

I - sejam imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;

II - sejam transferidos, nas condições que definir, a outros contribuintes do mesmo Estado.

Logo, há previsão legal que contempla a possibilidade de transferência dos créditos acumulados de ICMS, seja para outro estabelecimento do contribuinte ou para estabelecimento de terceiros, desde que em ambas as situações os destinatários do crédito estejam localizados no mesmo Estado, sendo que o §1º do artigo 25 da LC 87/96 versa sobre os créditos oriundos de exportação, enquanto o §2º do mesmo artigo trata das demais hipóteses de crédito acumulado.

Portanto, a interpretação literal dos dispositivos legais acima transcritos leva às seguintes conclusões:

A **primeira** é de que a transferência de créditos oriundos de exportação não sofre limitação alguma, devido ao caráter de norma de eficácia plena que a LC 87/96 possui, sendo apenas subsidiária do disposto no inciso I, do §1º, a forma referida no inciso II, do mesmo parágrafo, ressalvada a necessidade de emissão de documento por parte do Estado, a qual não deve ser entendida como limitação, mas sim como uma imprescindível ferramenta de controle; a **segunda** é a de que a transferência de créditos na forma do §2º, em quaisquer das hipóteses, fica restrita à benevolência do legislador estadual, e às condições que este estabelecer. De toda sorte, trata-se de situação de desconforto para os contribuintes, pois muitas vezes, a legislação estadual não se limita a regulamentar a forma de transferência, mas acaba por impedir o aproveitamento dos créditos; a **terceira** é a de admitir-se, por presunção, a existência de uma regra de territorialidade oriunda da interpretação do artigo 25 da LC 87/96, vinculada ao crédito acumulado, a qual institui que independentemente da natureza de sua operação de origem, o crédito acumulado em determinado Estado por um contribuinte só poderá ser transferido para outro estabelecimento, do próprio contribuinte ou de terceiro, se respeitada a condição *sine qua non* instituída, qual seja, a de o estabelecimento destinatário estar localizado no mesmo Estado da Federação em que esteja situado o estabelecimento titular do crédito acumulado de ICMS.

Conquanto as disposições normativas relativas às formas de utilização do crédito acumulado de ICMS possam ser inquinadas de inconstitucionais, como será visto mais adiante, por ora, cumpre analisar o desenvolvimento desses procedimentos.

3.1.1) Transferência de crédito acumulado proveniente de operações de exportação

No campo teórico, a transferência de crédito acumulado proveniente de operações de exportação pode ocorrer de acordo com o disposto no artigo 25, §1º da LC 87/96. Primeiramente, diagnosticado este crédito acumulado, pode o contribuinte transferi-lo para qualquer outro estabelecimento que possua, desde que localizado no mesmo Estado. Essa transferência independe de qualquer ação da fazenda pública, sendo o contribuinte livre para operar a transferência, tendo em vista o caráter de norma de eficácia plena que a LC 87/96 possui, dispensando assim qualquer necessidade de regulamentação por parte do legislador estadual.

Nesse mesmo diapasão, também pode o contribuinte proceder à transferência de crédito acumulado a estabelecimento de terceiros, desde que atendidas duas condições: (I) observância da regra da territorialidade supramencionada; (II) reconhecimento do crédito acumulado pela autoridade competente por meio de documento hábil.

No campo prático, alguns Estados restringem o direito à transferência de crédito oriundo de exportação, impondo inúmeras regras com a finalidade de dificultar a efetivação da transferência. Referida conduta é manifestamente ilegal e a inconstitucional, pois infringe diretamente o disposto no artigo 25 da LC 87/96 e indiretamente afronta o princípio da não cumulatividade.

3.1.1) Transferência de créditos acumulado proveniente de outras situações.

A Lei Complementar 87/96, estabelece que, nos casos em que houver crédito acumulado oriundo de quaisquer operações distintas da operação de exportação, o legislador deve estipular a forma por meio da qual deverá ocorrer a transferência para outros estabelecimentos, seja do mesmo contribuinte ou de terceiro, com o intuito de tornar efetiva a aplicação do princípio da não cumulatividade.

Em que pese o fato de a lei estadual, de diversas unidades da Federação, extrapolar a competência, não só regulamentando, mas também impondo restrições à transferência de crédito acumulado, bem como diante da autonomia dos Estados para dispor sobre o ICMS, torna-se inviável, nos estritos termos deste artigo, abordar a legislação de todos os Estados da Federação, de forma que será analisado apenas o procedimento de transferência de crédito acumulado vigente no Estado de São Paulo.

3.1.2.) O procedimento de transferência de crédito acumulado no Estado de São Paulo

O RICMS/SP dispõe nos artigos 73 e seguintes que o crédito acumulado

poderá ser transferido se o destinatário for outro estabelecimento da mesma empresa, estabelecimento de empresa interdependente, desde que a interdependência seja reconhecida pela Secretaria da Fazenda e, para estabelecimento fornecedor, observada as condições do artigo 73 e os estabelecimentos elencados no mesmo artigo.

Também como condição *sinequa non* à transferência, a legislação determina que os estabelecimentos devam estar situados em território paulista. A concretização da transferência do crédito acumulado não pode prescindir de autorização eletrônica, que deve ser requerida pelo estabelecimento que pretende transferir o crédito, por meio do sistema e-Credac (Sistema Eletrônico de Gerenciamento do Crédito Acumulado). Ademais, nos termos da Portaria CAT nº26/2010, existem outras formalidades peculiares a determinadas situações que devem ser atendidas, as quais estabelecem um nível de detalhamento que não está compreendido nos limites deste artigo.

De outro lado, para solicitar a transferência, o contribuinte deve atender cumulativamente as seguintes exigências do fisco paulista: I) não ter qualquer pendência de débito fiscal relativo ao imposto; II) possuir conta corrente (eletrônica criada no sistema e-CredAC) em situação ativa e com saldo suficiente; III) que a hipótese de transferência seja permitida pela legislação; IV) que o estabelecimento destinatário esteja enquadrado no regime periódico de apuração e em situação regular perante o Cadastro de Contribuintes do ICMS. O deferimento da transferência do crédito acumulado está condicionado à aceitação do destinatário aliada ao preenchimento dos requisitos exigidos.

3.2) Consequências negativas decorrentes do acúmulo de crédito

O acúmulo de crédito de ICMS acarreta inúmeras consequências negativas, prejudicando não só o contribuinte de direito, mas também terceiros como será visto a seguir.

Os investimentos, que são benéficos e imprescindível para o desenvolvimento da economia nacional, como um todo, sofrem desaceleração devido ao aumento do custo de aquisição dos bens de capital, tendo em vista que o sistema de recuperação de crédito de ICMS relativo à aquisição de bens do ativo imobilizado, é excessivamente longo, pois a recuperação total do imposto pago só será possível após o transcurso do prazo de 48 meses, nos termos da legislação vigente.

Nesse sentido, afirma Luiz Dias Martins Filho:

(...)o custo dos investimentos é alto por causa do longo período envolvido na recuperação de créditos de impostos pagos sobre bens de capital. A empresa tem 48 meses para compensar o ICMS pago na compra de máquinas (à razão de 1/48 por mês) (...). O custo efetivo deste diferimento depende da situação financeira da empresa. Para

uma empresa líquida, corresponde ao que ele não recebe, pois é incapaz de investir recursos no mercado financeiro. Para uma empresa ilíquida, corresponde aos juros pagos sobre o empréstimo o qual é forçada a obter com o fim de financiar a recuperação do imposto a longo prazo. (FILHO, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 316)

Sob este aspecto, oportuno ressaltar que se a demora na recuperação do crédito é capaz de aumentar o custo dos investimentos, bem como desacelerar sua realização no território nacional, o que dizer então da possibilidade de não recuperação dos créditos de ICMS (acúmulo de crédito), que se mostra infinitamente mais prejudicial à saúde da empresa e, por consequência, ao desenvolvimento da atividade empresarial no contexto do cenário econômico e social.

Mais uma vez, partilhando desse entendimento, Luiz Dias Martins Filho:

“(...)o acúmulo de créditos é uma das principais preocupações dos exportadores brasileiros e, em várias ocasiões, resultou em perdas de investimentos para outros países.” (FILHO, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 317).

Examinando a situação de crédito acumulado, em termos práticos, infere-se que se equipara à situação em que vigora a cumulatividade, isto é, a impossibilidade de se utilizar o crédito acumulado é equivalente à situação na qual o contribuinte não pode tomar crédito. Esse cenário acarreta:

“(...) uma série de distorções econômicas: (I) organização ineficiente da estrutura produtiva; (II) aumento dos custos de investimento e de exportação; (III) favorecimento das importações”. (FILHO, Tributação Indireta no Direito Brasileiro, 2013, p. 315).

Coma singela análise das consequências referidas, é notório o prejuízo causado pelo acúmulo de crédito, seja oriundo de operações com exportação ou quaisquer outras operações. Trata-se de situação que afeta diretamente o contribuinte que, em termos práticos, acaba operando no regime cumulativo de tributação, o que implica aumento significativo do preço de seu produto ou serviço e redução de sua capacidade competitiva. Por sua vez, o do contribuinte, além de reduzir a competitividade das empresas que sofrem com esse problema, afeta o ritmo dos investimentos no mercado nacional, prejudicando a economia como um todo.

3.3) Limitações Inconstitucionais e ilegais impostas pelos Estados Membros ao direito do contribuinte

Como referido anteriormente, o princípio da não cumulatividade é aplicado ao ICMS com a finalidade de desonerar a tributação incidente na cadeia de produção e circulação de bens e serviços, afastando o caráter confiscatório do referido imposto. A

aplicação do citado princípio serve ainda ao propósito de promover a neutralidade na concorrência entre as empresas e, por fim, visa onerar somente o consumo.

Conforme visto anteriormente, a regra geral que confere efetividade ao referido princípio é a aplicação do Método contábil de compensação de débitos e créditos, mas existem situações nas quais o emprego desse método não é suficiente para garantir a fiel aplicação do princípio da não cumulatividade.

De igual forma já referimos que a transferência de crédito acumulado, prevista na legislação como forma de evitar a cumulatividade do imposto, sofre limitações no âmbito estadual, tanto sobre o crédito originário de exportação quanto sobre o crédito oriundo de outras situações. Nesse sentido, corrobora Vinicius Jucá Alves:

(...) os Estados não permitem que o contribuinte transfira o 'saldo credor' livremente, mas exigem que trâmites e limitações sejam obedecidos. Isso ocorre até mesmo com os saldos credores decorrentes das exportações, em clara violação ao artigo 25, parágrafo 1º, da LC nº 87/1996. (ALVES, Vinicius Jucá. Revista Dialética de Direito Tributário nº 194, p. 123)

Em relação à transferência do crédito acumulado decorrente das operações de exportação, as restrições impostas pela legislação estadual estão eivadas de inconstitucionalidade, de forma quase explícita, devido a clareza das violações.

De outro norte, no que tange ao acúmulo de crédito proveniente de outras situações distintas das operações de exportação, as limitações e restrições impostas pela legislação estadual são questionadas no campo doutrinário e a discussão ainda não encontra respaldo no campo jurisprudencial.

3.3.1) Restrições impostas no âmbito estadual à transferência de crédito oriundo de operações de exportação

Na esfera estadual têm sido impostas diversas limitações à transferência de crédito de ICMS decorrente das operações de exportação, notadamente: (I) exigência de prévia autorização para que o crédito seja transferido para outro estabelecimento do mesmo contribuinte; (II) limitação do rol de pessoas sujeitas a receber a transferência de crédito acumulado; e, ainda, (III) demora excessiva no reconhecimento do crédito antes da transferência para terceiros, sendo o reconhecimento uma condição legítima, de acordo com o entendimento do STJ, no Resp. 1.252.683:

EMENTA. TRIBUTÁRIO. ICMS. LC 87/96. TRANSFERÊNCIA A TERCEIROS DE CRÉDITOS ACUMULADOS EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. ART. 25, §1º, DA LC 87/96. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. DESNECES-

SIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ESTADUAL REGULAMENTADORA. INVIABILIDADE DE VEDAÇÃO À TRANSFERÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, conforme o disposto no art. 25 da Lei Complementar n. 87/96, há duas hipóteses de transferência de crédito acumulado de ICMS a contribuintes do mesmo Estado: (a) nos termos do § 1º, os créditos oriundos de operações prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados, semielaborados, ou serviços; e (b) nos termos do § 2º, os demais casos de saldos credores acumulados, a serem definidos pelo legislador estadual.

2. A primeira hipótese prescinde de lei estadual regulamentadora, pois se trata de norma de eficácia plena. Neste sentido, Min. Teori Albino Zavascki, no voto-vista proferido no RMS 13.96/PA (1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 4.205), esclarece: “o art. 25, §1º, da LC 87/96 é expresso ao conferir ao contribuinte detentor de saldos credores de ICMS acumulados desde a edição desse diploma legal, em razão de operações de exportação, faculdade de aproveitá-los mediante transferência a qualquer estabelecimento seu no mesmo Estado (inciso I) e, havendo saldo remanescente, mediante transferência a outro contribuinte do mesmo Estado (inciso II) - utilizando-se, nesse segundo caso, de documento expedido pela autoridade fazendária reconhecendo a existência do crédito. Trata-se de norma de eficácia plena, que dispensa qualquer regulamentação por lei estadual. A legislação estadual é requerida apenas para o reconhecimento do direito à utilização, nas modalidades acima descritas, dos demais saldos credores acumulados a partir da vigência da Lei Complementar, isto é, aqueles que não os decorrentes de exportações, nos inequívocos termos do §2º do mesmo dispositivo”. Precedentes.

3. Ante a autoaplicabilidade do §1º do art. 25 da Lei Complementar nº 87/96, e sendo os créditos oriundos de operações disciplinadas no art. 3º, inciso I, do mesmo normativo, “não é dado ao legislador estadual qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos do ICMS, sob pena de infringir o princípio da não-cumulatividade, quando este aproveitamento se fizer em benefício de qualquer outro estabelecimento seu, no mesmo Estado, ou de terceiras pessoas, observando-se para tanto a origem no art. 3º.” (RMS 1354/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.12.02, DJ2.6.2003, p.29).(g.n.).

Ainda, acerca do conceito de norma constitucional de eficácia plena assevera J. H. Meirelles Teixeira (1991, p. 317 apud José Afonso da Silva, p. 101):

(...) sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses,

comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou normativamente, quis regular.

Neste contexto, resta inegável que as limitações impostas pela legislação estadual violam primeiramente o disposto no artigo 25 da LC 87/96, pois autorizam a utilização do crédito acumulado com alcance muito menor do que aquele previsto na lei disciplinadora do ICMS. Sendo a Lei Complementar 87/96 auto aplicável, a lei estadual que restringe sua aplicação está eivada de ilegalidade. De outro lado, as restrições promovidas pela legislação estadual para utilização do crédito acumulado afrontam o princípio da não cumulatividade e transferem o ônus do ICMS para pessoa distinta da pessoa do consumidor, contrariando de forma absoluta o mandamento constitucional.

Nesse mesmo diapasão, afirma Renato Nunes:

É, a um só tempo, inconstitucional e ilegal qualquer disposição de lei ou qualquer outro normativo estadual que restrinja o direito do exportador ao aproveitamento de crédito acumulado de ICMS. Nem a lei Complementar nº 87/96 nem, muito menos, a Constituição outorgam competência de tal ordem; as normas constantes de ambos os Diplomas que regulam o tema aqui estudado são de eficácia plena!

Cumprе ressaltar a afronta encontrada na legislação que regula o ICMS dentro do Estado de São Paulo, qual seja o RICMS/SP, que prevê o mesmo trâmite para transferência de crédito acumulado para as situações de crédito oriundo de operações de exportação e demais situações, isto é, promove as mesmas restrições em ambas situações.

A questão relativa à limitação da utilização dos créditos acumulados, no que tange aos créditos oriundos de demais situações que não a exportação tem sido objeto de discussão doutrinária. Todavia, as limitações e restrições impostas pela legislação estadual ao direito do contribuinte de transferir o crédito acumulado proveniente das operações de exportação têm sido sistematicamente repudiada pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do STJ, que não admite qualquer limitação, exceto a de reconhecimento do crédito antes da transferência para terceiros. Contudo, ainda assim o Estado de São Paulo mantém as restrições impostas à utilização do crédito acumulado na exportação contrariando as disposições da Lei Complementar 87/96 e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

O RICMS/SP estabelece situações nas quais o crédito poderá ser transferido para terceiros, mas que, em termos práticos, resulta quase sempre na possibilidade de transferir tais créditos apenas para fornecedores, em afronta ao princípio da não cumulatividade e ao disposto no artigo 25, §1º, II da LC 87/96. A referida Lei Complementar permite que o saldo remanescente de crédito acumulado de ICMS seja transferido “a outros contribuintes do mesmo Estado”, o que significa dizer que qualquer contribuinte está autorizado a

receber a transferência e não apenas os constantes do *rol* taxativo especificado no RICMS/SP. Ademais, sendo a LC 87/96 norma de eficácia plena, portanto, autoaplicável, não é da competência do legislador estadual restringir seu alcance.

Cumprido destacar que a restrição à utilização do crédito de ICMS acumulado na exportação referente à transferência para terceiros, está condicionada a “*emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito*”. Embora sob o aspecto legal tal exigência não possa ser entendida como restrição, no plano prático o fisco tem restringido e muito, de forma indireta, o direito à transferência em virtude da demora excessiva na emissão do documento reconhecedor do crédito.

Nesse mesmo diapasão:

(...) os exportadores também enfrentam um outro tipo de ilegal e inconstitucional violência ao seu direito de utilizar os saldos credores de ICMS: a demora das autoridades administrativas em processar os seus pedidos de transferência de créditos para terceiros. (ALVES, Vinicius Jucá. Revista Dialética de Direito Tributário nº 194, p. 123)

Em reforço a esse entendimento, cumpre salientar que há previsão no artigo 5º, LXXVIII do Diploma Constitucional do direito público subjetivo à duração razoável do processo, *in verbis*:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tem-se, pois, que a demora excessiva na emissão de documento que autoriza e viabiliza a transferência de crédito para terceiros configura efetiva restrição à utilização desse direito, violando diretamente o direito à duração razoável do processo na forma assegurada pela Constituição.

3.3.2) Restrições impostas no âmbito estadual à transferência de crédito oriundo das demais operações

Com base no disposto no artigo 25, §2º da LC 87/96, o legislador estadual tem competência para legislar sobre o direito de transferência de crédito acumulado de ICMS, exceto no caso de exportação. No âmbito dos Estados a legislação e os respectivos regulamentos de ICMS cerceiam o direito de transferência dos referidos créditos por meio da imposição de diversas condições de difícil senão de impossível atendimento que acabam por inviabilizar o real escoamento do crédito acumulado de ICMS. Algumas dessas restrições são as mesmas impostas à transferência de crédito de ICMS acumulado na exportação, como visto no item anterior, além de outras especificamente instituídas.

A Lei Complementar 87/96 confere competência ao legislador estadual para dispor sobre a transferência do crédito acumulado na hipótese do artigo 25, §2º, circunstância que poderia levar ao entendimento de que a referida transferência ficaria adstrita à vontade e à conveniência dos interesses do legislador estadual, como se tem notícia do posicionamento sustentado pelas Fazendas Públicas Estaduais.

Entretanto, na expressão de Heron Arzua, o artigo 25, §2º da LC 87/96 comporta a seguinte interpretação:

(...) o seu enunciado diz facultar à lei estadual autorizar a transferência dos créditos a estabelecimentos da mesma empresa situados no Estado ou a outros contribuintes também da mesma Federada. (...) Mas dessa leitura não se extrai a conclusão de que a lei estadual pode impedir o aproveitamento dos créditos do imposto. Não. Os seus poderes se circunscrevem apenas a regular a forma e as condições de transferência de modo a não borrar ou obstar o princípio da incumulatividade. (ARZUA, Heron. Revista Dialética de Direito Tributário nº 17, p. 21)

Isto posto, cumpre ressaltar que o alcance da não cumulatividade, instituído pela Constituição não pode ser limitado por lei hierarquicamente inferior, visto que a Constituição apenas permitiu à legislação complementar a regulamentação da sistemática de compensação como ferramenta viabilizadora do direito a não cumulatividade. Compartilha do mesmo entendimento José Eduardo Soares de Melo, vejamos:

(...) a circunstância de a CF-88 (art. 155, XII, c) haver estabelecido que ‘cabe à lei complementar e disciplinar o regime de compensação do imposto’ não significa que este veículo normativo e muito menos a legislação ordinária possam deturpar, alterar ou restringir a sistemática não cumulativa, uma vez que deve ser preservado o modelo de índole constitucional.

Além de o crédito acumulado ser, em si mesmo, um fator prejudicial para a atividade desenvolvida pelo contribuinte, a dificuldade enfrentada para sua utilização em decorrência das barreiras e condições impostas, em grande parte pela legislação estadual agrava ainda mais a situação. Resta, portanto, inequívoco o entendimento de que as restrições impostas à transferência de crédito acumulado de ICMS oriundo de quaisquer operações distintas das operações de exportação, são manifestamente ilegais.

3.3.3) Resultado do interesse fazendário na instituição de restrições

Após ter sido retratada as situações que dão origem ao crédito acumulado e as barreiras criadas pelos Estados membros no que se refere à utilização desse crédito, principalmente no que tange à transferência, tanto para estabelecimento do mesmo contribuinte quanto para terceiros, fica efetivamente demonstrada a violação ao

mandamento constitucional da não cumulatividade e ao disposto LC 87/96, em relação aos créditos acumulados na exportação e a discutível violação do princípio da não cumulatividade no que diz respeito ao crédito acumulado nas demais situações.

Parece razoável considerar que as restrições ao direito de transferência de crédito acumulado de ICMS instituídas pelos Estados membros, apesar de eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade têm por finalidade evitar a eventual queda na arrecadação de tributos. Todavia, que a arrecadação baseada nessas circunstâncias resulta em enriquecimento sem causa e ilegítimo do Estado, situação, aliás, repudiada pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e pela jurisprudência.

A propósito, assevera Luiz Fernando de Carvalho Accacio:

Quando, em virtude da legislação que o próprio Estado urdiu, um estabelecimento não pode utilizar-se do crédito relativo às entradas, rompe-se o princípio da não-cumulatividade e o Estado passa a receber mais do que efetivamente lhe era devido. Está-se aqui frente ao que, como dito no início, ousou chamar de ‘enriquecimento injusto do Estado’. E a medida desse enriquecimento é dada exatamente pelo montante de créditos não suscetíveis de utilização, da mesma forma que o dano dos contribuintes nessa situação vem expresso no valor do crédito que acumulam.

Nesse mesmo sentido, afirma Heron Arzua:

“Em rigor, o ato de proibir a transferência ou sujeitá-la a crivo prévio da administração (...), redundando no enriquecimento sem causa (ilegítimo) do Estado.”

Em consonância com o posicionamento da doutrina, forçoso concluir que o legislador estadual visa restringir ao máximo o direito a transferência de crédito acumulado de ICMS com o intuito de promover maior arrecadação, tendo em vista que o crédito deve ser utilizado dentro do prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 23, parágrafo único da LC 87/96, sob pena de jamais poder ser compensado. A falta de compensação de um crédito significa recolhimento de imposto em montante maior àquele que seria efetivamente devido ao fisco, a título de ICMS, de sorte que, restando inviabilizada a possibilidade de utilização do crédito, há indiscutível enriquecimento sem causa por parte do Estado.

4. Considerações Finais

No decorrer deste estudo foram abordados diversos temas relativos ao ICMS, desde a sua origem até às restrições impostas pela legislação estadual para efetivação da transferência de crédito acumulado do imposto.

Também foram destacadas as vantagens de aplicação do ICMS de forma não cumulativa, para que a tributação recaia exclusivamente sobre o consumo e que resulte na fixação de um preço final menor do que àquele que seria fixado na hipótese de imposto cumulativo. Também para o contribuinte de direito há inquestionável vantagem do ICMS ser um imposto não cumulativo porquanto essa sistemática possibilita a efetiva desoneração da produção e circulação de bens e serviços compreendidos no campo de incidência do referido tributo.

Em que pesem as vantagens trazidas, a sistemática empregada da não cumulatividade aplicada ao ICMS tem seu lado negativo, pois além de aumentar o grau de complexidade da administração dos impostos, deixa aberta a possibilidade para fraude, o que exige regulamentação rica em detalhes, fato que dá ensejo ao abuso por parte do Estado. Tal abuso é praticado em meio à necessidade de regulamentação do tributo de competência dos Estados. Alguns desses abusos foram alvos de crítica neste artigo, como as restrições impostas à utilização de crédito acumulado de ICMS, que resulta no enriquecimento ilícito do Estado, além da diminuição indireta de investimentos e da redução da competitividade das empresas que concentram suas operações nas situações geradoras de crédito acumulado.

Por tudo isso, imperioso refletir a respeito da divisão de competências tributárias, sobretudo porque o desrespeito à Constituição e à legislação infraconstitucional de cunho federal é corriqueiro, tanto no âmbito estadual quanto municipal, pois os entes tributantes se aproveitam da competência que lhes foi conferida pela Lei Maior para legislar unicamente em seu favor, cometendo abusos e causando danos ao contribuinte. As restrições à utilização de crédito de ICMS são apenas um exemplo disso.

Seguindo essa linha de pensamento, uma hipótese de solução viável seria a implantação de um imposto mais semelhante ao IVA europeu, com a extinção do ICMS e do ISS, que passariam a ser de competência federal, com posterior repasse da União correspondente a uma porcentagem ou à totalidade do *quantum* arrecadado. Desta forma, o Sistema Tributário brasileiro conseguiria promover de forma mais eficiente o conceito de justiça fiscal, além de contribuir para a redução das desigualdades sociais e regionais, pois uma estrutura de funcionamento mais racional que restabeleça a livre concorrência é indispensável para assegurar o desenvolvimento econômico, por meio de investimentos mais expressivos e mais constantes.

5. Bibliografia

ACCACIO, Luis Fernando de Carvalho. *A natureza Jurídica dos Créditos do ICMS – Breves Anotações*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 75, São Paulo. Dialética, 2001.

ALVES, Vinicius Jucá. *O Antigo Problema dos Créditos de ICMS Acumulados por Exportadores e a Recente Decisão do STJ*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 194, São Paulo. Dialética, 2011.

ARZUA, Heron. *Transferência de Créditos no ICMS*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 17, São Paulo. Dialética, 1997.

BONILHA, Paulo Celso Bergstrom *apud* ACCACIO, Luiz Fernando de Carvalho. *Direito à compensação de créditos no ICMS*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 75, São Paulo. Dialética, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 125.106/SP*; Rel. Min. Ilmar Galvão, 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 598.677/RS*, 2011; Rel. Min. Dias Toffoli.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.25.683/MA (201/09635-8)*; Rel. Min. Humberto Martins, 2011.

CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 10ª ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito à compensação de créditos no ICMS*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 27, São Paulo. Dialética, 1997.

_____. *ICMS - Direito ao creditamento - Princípio da não cumulatividade*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 102, São Paulo. Dialética, 2004.

COSTA, Alcides Jorge *apud* ACCACIO, Luiz Fernando de Carvalho. *Direito à compensação de créditos no ICMS*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 75, São Paulo. Dialética, 2001.

Estrella, André. *O Crédito Financeiro do ICMS – Artigo 20, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96 – Bens de Uso, Consumo e Ativo Permanente e o seu Regime no IVA do Mercado Comum Europeu*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_46/Artigos/Art_andre.htm>. Acesso em: 29/09/2014.

FILHO, Luiz Dias Martins. *The future of indirect taxation: recent trends in VAT and GST systems around the world - A global comparison*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 2ª ed. São Paulo, Dialética, 1999.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio *apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

NUNES, Renato. *Considerações acerca do Crédito de ICMS Acumulado na Exportação*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 162, São Paulo. Dialética, 2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Tributos Indiretos*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Tributação Indireta no Direito Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2013.

SOARES DE MELO, José Eduardo. *Direito Tributário Empresarial*. São Paulo. QuartierLatin, 2009.

_____ e LIPPO, Luiz Francisco. *A não cumulatividade tributária*. 1ª ed. São Paulo. Dialética, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

ZANUTO, José Maria. *Breves Considerações a Respeito do Direito a Transferência de Créditos do ICMS Decorrentes de Operações de Exportação de Mercadorias*. In: Valdir de Oliveira Rocha (coord.). *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 195, São Paulo. Dialética, 2011.

A Sucessão Testamentária no Direito Internacional Privado – Algumas considerações¹

Nuno Ascensão Silva
Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

I

Introdução²

1. O direito internacional privado e a sucessão *mortis causa*

O direito material das sucessões constitui uma matéria de inegável complexidade técnico-jurídica a que não é alheia, desde logo, a íntima ligação que existe entre o fenómeno da sucessão *mortis causa*, a organização dominial (os direitos reais) e o regime patrimonial da família, não sendo despiciendas também, na verdade, as inúmeras irradiações de toda a parte geral do direito civil – designadamente, naquilo que respeita à vocação voluntária, da teoria geral do negócio jurídico – no âmbito da regulamentação da transmissão *mortis causa*³.

Seja como for, mas também por essa razão, perduram em tal domínio cavadas diversidades entre os ordenamentos jurídicos estaduais – por exemplo, no que respeita à existência e montante da quota legítima, à tutela sucessória do cônjuge sobrevivente e à administração da herança jacente – e que compreensivelmente dificultam o relacionamento entre os sistemas jurídicos, assim se permitindo perceber, de imediato, a amiudada invocação da excepção de ordem pública internacional no âmbito das sucessões internacionais⁴.

1 – O artigo que agora se publica constitui uma versão alargada da intervenção do Autor no VIII Seminário Luso-Brasileiro-Espanhol de Direito Registral Imobiliário, que decorreu no Rio de Janeiro, em 28 e 29 de Novembro de 2013 [cf. N. ASCENSÃO SILVA, “O reconhecimento e a eficácia dos testamentos no Direito internacional privado”, *Boletim do IRIB*, n.º 349 (2014), pp. 159-172].

2 – A referência a qualquer disposição legal sem menção da sua origem deverá considerar-se feita aos preceitos do Código Civil português.

3 – Vide, por exemplo, considerando o ordenamento jurídico português, R. CAPELO DE SOUSA, “As Partes Especiais dos Direitos da Família e das Sucessões, a Parte Geral e as Partes Especiais no Código Civil”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, v. I (Direito da família e das sucessões), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 887 ss.

4 – Entre a inúmera literatura onde podem ser colhidas amplas informações de direito comparado relativamente ao direito material das sucessões, vejam-se, por exemplo: M. FERID/K. FIRSCHING, *Internationales Erbrecht: Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten*, Heinrich Dörner, Rainer Hausmann (Hrsg.), München: C.H. Beck, 2004; *Erbrecht in Europa*, Rembert Süß [Hrsg.], 3. Aufl., Bonn/Basel: ZErB/Helbing & Lichtenhahn, 2015; *European Succession Laws*, David Hayton (ed.), 2nd ed., Bristol: Jordans, 2002; *International Encyclopaedia of Laws: Family and Succession Law*, R. Blanpain (gen. ed.); Walter Pintens (ed.), Hague: Kluwer Law International, 1997-2014, 4 volumes; P. SCHOLZ,

Por outro lado, são igualmente importantes no âmbito da sucessão *mortis causa* os abismos que separam os sistemas conflituais internos⁵. Neste sentido, basta lembrar

Erbrecht der maghrebinischen Staaten und deutscher ordre public, Hamburg: Verlag Dr. Kova, 2006; A. K. PATTAR, "Grundzüge des islamischen Erbrechts", *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 9/2009, p. 272 ss.; I. A. CALVO VIDAL, "Los regimenes sucesorios de ciudadanos de la Unión Europea, países latinoamericanos y del norte de África", *La Notaría*, 42/2007, p. 41 ss.; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional", *Revista Española de Derecho Internacional [REDI]*, v. LXI (2009), p. 441 ss.; M. J. DE WAAL, "Comparative Succession Law", *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (ed.), 1^a ed., updated, Oxford: Oxford Univ. Press, 2008, p. 1071, ss.; H. LELEU, "La transmission de la succession en droit comparé", *Revue du Notariat Belge [Rev. not. b.]*, 1996, p. 46 ss.; *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, Michel Verwilghen (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2003, 3 volumes; *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes (Mise à jour 2007 de la 3e édition parue en 2003)*, Michel Verwilghen (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2007; K. H. NEUMAYER, *Intestate Succession*, International Encyclopedia of Comparative Law, v. IV (Succession), cap. III, Tübingen/Dordrecht-Boston-Lancaster: J. C. B. Mohr/Martinus Nijhoff Publishers, 2002; *IDEM*, "Einheit in der Vielfalt – Bewegung und Bewahrung im Erbrecht der Nationen", *Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, Andreas Heldrich, Dieter Henrich und Hans Jürgen Sonnenberger (Hrsg.), München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1978, p. 659 ss.; *Hereditary Relations and Testament Law in the European Union: European Conference*, National and Kapodistrian University of Athens, School of Law, Economics and Political Sciences, Law Faculty. I. Androulidaki-Dimitriadi... (ed.), Athens: Sakkoulas, 2008; *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative*, Kenneth G. C. Reid... [et al.], Edinburgh: Edinburgh Univ. Press, 2007; *Le droit des successions en Europe: actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003*, Genève: Droz, 2003; A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, Torino: UTET, 2002; *IDEM*, "Le successioni nel diritto comparato (note introduttive)", *Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Guido Alpa... [et al.], nuova ed. Aggiornata, Roma: Laterza, 2012, p. 417 ss.; L. WOLFF, *Pflichtteilsrecht, Forced Heirship, Family Provision: Österreich, Louisiana, Schweiz, England und Wales; ein Rechtsvergleich*, Frankfurt am Main... [etc.]: Lang, 2011; H.-G. EBERT, *Das Erbrecht arabischer Länder*, Frankfurt am Main... [etc.]: Lang, 2004; *Regimenes sucesorios en Iberoamérica y España: VII Jornada Notarial Iberoamericana, Salamanca (España)*, 1996, 2. ed., Madrid: Consejo General del Notariado Español, 1997.

Especificamente sobre a designação testamentária, vide ainda: R. A. D. URQUHART, "The Will in the Member States of the European Union", *Notarius International*, v. 6 (2001), p. 131 ss.; B. PAINTNER, "Die Entwicklung des Testamentsrechts im nordischen Rechtskreis", *Zeitschrift für Rechtsvergleichung [ZfRV]*, v. 54 (2013), p. 40 ss.; R. ZIMMERMANN, "Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht [RebelsZ]*, v. 76 (2012), p. 471 ss.; J. P. SCHMIDT, "Grundlagen der Testierfreiheit in Deutschland und Europa", *RebelsZ*, v. 76 (2012), p. 1022 ss.; B. BLAGOJEVIC, "Algunos principios fundamentales del Derecho sucesoral en los países socialistas", *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1970, v. I, p. 219 ss.; *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Dieter Henrich und Dieter Schwab (Hrsg.), Bielefeld: Gieseking, 2001, *passim*; *Freedom of testation – Testierfreiheit (Ergebnisse der 33. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 15. Bis 17. September 2011 in Trier*, Reinhard Zimmermann (ed.), Tübingen: Mohr Siebeck, 2012; *Das holographische Testament: Erleichterung oder Hindernis für den Laien?*, Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2015; L. KUNZ, *Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung: von der kanonischen voluntas pia zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich*, Jena: JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2015; Europäische Testamentsformen, Mathias Schmoeckel... [et al.] (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2011; R. BATTES, *Gemeinschaftliches Testament und Ehegattenvertrags als Gestaltungsmittel für die Vermögensordnung der Familie: Versuch einer Grundlegung im Vergleich mit funktionsverwandten Erscheinungen des anglo-amerikanischen und französischen Rechts*, Bielefeld: Gieseking, 1974.

Para o estudo aprofundado do direito material português relativo à sucessão testamentária, cf.: F. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, Coimbra: [s.n.], p. 230 ss.; J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Sucessões*, 5.^a ed. revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 287 ss.; R. CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, v. I, 4.^a ed. renovada, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 166 ss.; J. DUARTE PINHEIRO, *O direito das sucessões contemporâneo*, Lisboa: AAFDL, 2011, p. 110 ss.; C. ARAÚJO DIAS, *Lições de direito das sucessões*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 190 ss.; E. DOS SANTOS, *Direito das sucessões*, 2.^a ed., Lisboa: AAFDL, 2002, p. 479 ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, 4.^a ed. rev. e actual., Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 447 ss.; I. GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões: noções fundamentais*, 6.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991 (reimpressão de 1996), p. 115 ss.; e C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*, Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 86 ss. 5 – Para exposição das soluções conflituais de origem íntimas nos vários Estados, e a sua comparação, cf., e para além das múltiplas informações contidas na bibliografia referida *infra*, nota 7, vejamos-se: "World Map: Conflict of Laws in Successions. Mapomonde du rattachement en matière successorale", *Notarius International*, v. 10 (2005), p. 3 s.; DEUTSCHES NOTAR INSTITUT, "Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union européenne (septembre-novembre 2002)", *Les successions internationales dans l'UE – Perspectives pour une harmonisation. Conflict of Law of Succession in the European Union – Perspectives for a Harmonization. Internationales Erbrecht in der EU – Perspektiven einer Harmonisierung*, Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2004, p. 1 ss.; *Erbrecht in Europa*, cit., *passim*; *European Succession Laws*, cit., *passim*; M. FERID/K. FIRSCHING, *Internationales Erbrecht: Quellensammlung mit systematischen Darstellungen...*, cit., *passim*; *National Reports: Comparative Law Study on Rules of Conflicts of Jurisdiction and Conflicts of Law Concerning Wills and Successions in the Member States of The European Union*, European Commission: Justice and Home Affairs [s.n.]: [s.l.], [s.d.]; *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, 2003, cit., *passim*; *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités... (Mise à jour...)*, cit., *passim*.

Sobre as regras de conflitos relativas à sucessão *mortis causa* contidas no Código Civil português, vide: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 1985, p. 433 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. II (Direito de Conflitos. Parte especial), 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 545 ss.; F. de ALMEIDA PIRES, *Conflitos de leis: comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 146 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, "Testamento público", *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, t. 2, p. 5 ss.; *IDEM*, "Lei aplicável a uma sucessão por morte aberta em

que, à semelhança do regime de bens do casamento, encontramos aí múltiplos sistemas de determinação da *lex successiois* – fundamentalmente, o sistema personalista (*lex personalis*), o sistema realista (*lex rei sitae*) e o sistema autonómico (princípio da autonomia) – e que, ao privilegiarem exigências normativas diferenciadas, convergem ora numa via unitária ora numa solução que cinde a regulamentação do fenómeno sucessório, aceitando a aplicabilidade simultânea de várias leis – designadamente, a competência da *lex rei sitae* para os bens imóveis e da lei do último domicílio do *de cuius* para os bens móveis, de acordo com o velho brocardo estatutário *Mobilia ossibus personae inhaerent*. Aliás, embora seja certo que tanto ao modelo unitário – o sistema de tradição savigniana que corresponde à aplicação de uma lei única para reger toda a sucessão – como ao modelo da cisão – vigente, tradicionalmente, na França, no Reino Unido e nos E.U.A. – podem ser apontadas vantagens e desvantagens significativas, lembre-se também que o fraccionamento tende a ser objecto de críticas severas, ao permitir, desde logo, a fraude à lei mediante a conversão de bens móveis em imóveis e vice-versa. Ora, se recordarmos ainda que também na determinação da lei pessoal se dividiu o Mundo, mormente entre os defensores da *lex patriae* e os da *lex domicilii* (entendida esta em vários sentidos), trazendo, nas palavras inesquecíveis de ANTÓNIO FERRER CORREIA, “a semente de perturbações fatais”⁶, facilmente apreendemos o constante surgimento de conflitos de sistemas de direito internacional privado e de que o problema do reenvio constitui o exemplo mais flagrante⁷.

Hong Kong”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XXXIX (1998), p. 115 ss.

6 – A. FERRER CORREIA, “Unidade do estatuto pessoal”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* [BFDUC], v. XXX (1954), p. 106.

7 – Numa literatura hoje inabarcável, vejam-se sobre os conflitos de leis em matéria sucessória, e para além da bibliografia que oportunamente será indicada: J. GOMES DE ALMEIDA, *Direito de conflitos sucessórios: alguns problemas*, Coimbra, Almedina, 2012; M. ANDRAE, “Wertungswidersprüche und internationale Erbrecht”, *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Herbert Kronke und Karsten Thorn (Hrsg.), Bielefeld: Gieseking, 2011, p. 3 ss.; C. AZCÁRRAGA MONZONIS, *Successiones internacionales: determinación de la norma aplicable*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008; L. BARNICH, “Les successions immobilières ab intestat et testamentaires”, *Relations familiales internationales*, Michel Verwilghen et Roland de Valkeneer (dir.), Bruxelles: Bruylant, 1993, p. 319 ss.; H. BATIFFOL, “Réflexions sur la loi applicable aux successions”, *RabelsZ*, v. 96 (1958), p. 791 ss.; S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales – Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris: Dalloz, 2004; A. BONONI, “Successions internationales: conflits de lois et de juridictions”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* [Recueil des Cours], t. 350 (2010), p. 71 ss.; F. BOULANGER, *Droit international des successions: Nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles*, Paris: Economica, 2004; IDEM, *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Paris: LGDJ, 1964; E. CAL., *La pianificazione delle vicende personali e patrimoniali (Dall’amministrazione di sostegno al testamento biologico. Rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni nel diritto internazionale privato)*, Milano: Ipsoa, 2004, p. 190 ss.; IDEM, *Le successioni nel diritto internazionale privato*, Milano: Ipsoa, 2007; G. CASSONI, *La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato: contributo alla teoria dei limiti dello statuto successorio*, Milano: Giuffrè, 1974; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada: Comares, 2001; P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova: CEDAM, 2001; B. DAUMILLER, *Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003; R. DENNERY, *Le partage en droit international privé français, conflits de lois et conflits de juridictions*, Paris: Recueil Sirey, 1935; M. DEPITRE, *Essai sur le système anglais de conflits de lois en matière de successions*, Paris: Rousseau, 1936; *Der Internationale Erbfall: Erbrecht, Internationales Privatrecht, Erbschaftsrecht*, Hans Flick und Detlev Piltz (Hrsg.), München: Beck, 1999; K. DREHER, *Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht: unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31 Mai 1995*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 1999; G. DROZ, “Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé”, *Revue Critique de Droit International Privé* [Revue Critique], v. 69 (1970), p. 183 ss.; IDEM, “Partage des successions”, *Juris-classeur de Droit International* [J.-cl. dr. int.], fasc. 557-40 [2003]; G. DROZ/M. REVILLARD, “Libéralités – donations – trusts (Conflits de juridictions)”, J.-cl. dr. int., fasc. 557-B, 2e cahier [1988, com actualizações de 1992]; IDEM, “Successions (Conflits de lois)”, J.-cl. dr. int., fasc. 557-10 [2002]; IDEM, “Successions”, J.-cl. dr. int., fasc. 557-A [1987, com actualizações de 1992]; *Erbfolge, Güterrecht und Steuer in deutsch-brasilianischen Fällen, mit ausgew. Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, Jürgen Samtleben (Hrsg.), Frankfurt am Main... [etc.]: Lang, 1986; M. FERID, “Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 142 (1974), p. 71 ss.; J. FONTANELLAS MORELL, *La profesio iuris sucesoria*, Madrid: Pons, 2010; M. GORÉ, “De la

Ora, e transcendendo agora a exclusiva consideração do problema da determinação da lei aplicável, e ainda que deixemos de banda as particulares dificuldades que rodeiam a regulamentação do reconhecimento e execução das decisões estrangeiras e dos actos que lhes vão sendo equiparados, as significativas diferenças que existem entre as regras de competência internacional e as regras de conflitos de leis internas desencadeiam conflitos positivos e negativos de competência – desde logo, com o risco de surgimento de procedimentos simultâneos e concorrentes –, potenciam as situações de *forum shopping* e de desarmonia jurídica internacional, contribuindo assim para a instabilidade e insegurança das situações jurídicas privadas internacionais.

Acresce ainda que se trata de uma matéria onde os resultados dos esforços, decerto aliciantes, de unificação do direito por via convencional têm sido muito modestos.

Efectivamente, e ainda que admitindo a constituição de uma normatividade jurídica europeia no âmbito das transmissões *mortis causa*, radicalmente apegada a idêntico fenómeno no tangente às relações jus-familiares⁸, são incipientes as experiências

mode» ... dans les successions internationales: contre les prétensions de la profession iuris", *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris: Dalloz, 1994, p. 193 ss.; IDEM, *L'administration des successions en droit international privé français*, Paris: Economica, 1994; J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, Paris: Economica, 1986; K. HOTZ, *Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis*, Zürich: Verlag Schulthess & Co. AG., 1969; B. KOPP, *Probleme der Nachlaabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlasspaltung*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997; U. KÖTTERS, *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen – Ein Vergleich des deutschen und U.S.-amerikanischen internationalen Familien- und Erbrechts*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1989, *passim*; L. KROß, *Internationales Erbrecht – Einführung und Länderüberblick*, Bonn: D. Anwaltverl., 1999; G. KÜHNE, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking, 1973; P. LAGARDE, "Successions", *Répertoire de droit international*, Paul Lagarde... [et al.] (dir.), 2e éd., Paris: Dalloz, 1998, t. III; *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Sami Aldeeb et Andrea Bonomi (dir.), Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 309 ss.; *Les successions internationales dans l'UE...*, cit.; H. LEWALD, "Questions de droit international des successions", *Recueil des Cours*, t. 9 (1925), p. 1 ss.; HAOPENI LI, "Some Recent Developments in the Conflict of Laws of Succession", *Recueil des Cours*, t. 224 (1990), p. 9 ss.; S. LINDE-RUDOLF, *Probleme einer Parteiautonomie im deutschen internationalen Erbrecht: unter Heranziehung des schweizerischen und österreichischen Rechts*, Rheinfelden: Schäuble Verlag, 1988; A. NECKER, *La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales: étude de droit international privé suisse et comparé*, Genève: Librairie de l'Université, 1972; H. PETITJEAN, *Fondements et mécanismes de la transmission successorale en droit français et en droit anglais: étude de droit comparé et de droit international privé*, Paris: LGDJ, 1959, p. 235 ss.; *Prontuario básico de derecho sucesorio internacional*, J. Carrascosa González y J. J. Martínez Navarro, Granada: Comares, 2012; M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé. Étude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, Paris: LGDJ, 2002; J. ALBERTO DOS REIS, *Das sucessões no direito internacional privado*, Coimbra: França Amado, 1899; P. SCHOLZ, *Erbrecht der maghrebischen Staaten und deutscher ordre public*, Hamburg: Kova, 2006; H.-P. SCHÖMER/D. GERBEL, *Internationales Erbrecht: Spanien*, München: Beck, 2006; V. STOLL, *Die Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht*, München: Beck, 1991, *passim*; A. TIEDEMANN, *Internationales Erbrecht in Deutschland und Lateinamerika: kollisionsrechtliche Regelungen zwischen Nachlaßseinheit und Nachlaß- spaltung*, Tübingen: Mohr, 1993; H. VALLADÃO, *Unidade ou pluralidade da sucessão e do inventário e partilha, no direito internacional privado*, S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1952; E. VASSILAKAKIS, "La *professio juris* dans les successions internationales", *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris: Dalloz, 2005, p. 803 ss.; *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts*, Wolfgang Lauterbach (Hrsg.), Tübingen/Berlin: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)/Walter de Gruyter & Co., 1969; U. WOLF, *Zum internationalen Ehegüter- und Ehegattenerbrecht in England*, Münster: Lit, 1999.

Especificamente sobre os testamentos no direito internacional privado, cf. ainda: B. KRAMER, *Das französische Formstatut der Testamente*, Münster... [etc.]: LIT, 1999; L. SELIG, *Le testament en droit international privé français*, Paris: Libr. Soc. & Economique, 1941; G. DROZ/M. REVILLARD, "Libéralités – problèmes communs – testaments", *J.-cl. dr. int.*, fasc. 557-B, 1er cahier [1988, com actualizações de 1992].

8 – Cf. W. PINTENS/D. PINOLET, "Le nouveau droit successoral français et son positionnement dans l'eupéanisation du droit successoral", *Familia*, 2003, esp. p. 466 s.; IDEM, "L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit successoral", *Lex Familiae*, ano 2, n.º 4 (2005), p. 21 ss.; W. PINTENS, "Die «Europäisierung des Erbrechts»", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZeuP]*, v. 9 (2001), p. 628 ss.; IDEM, "Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts", *Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht [FamRZ]*, v. 50 (2003), p. 329 ss.; IDEM, "Need and Opportunity of Convergence in

de uniformização do direito material⁹, e mesmo as convenções de direito internacional privado conheceram neste âmbito um sucesso muito moderado.

Assim, por exemplo, a *Convenção da Haia de 1 de Agosto de 1989 sobre a lei aplicável às sucessões mortis causa*¹⁰ só foi ratificada pelos Países Baixos e nunca entrou em vigor internacionalmente – afinal, mais uma Bela Adormecida no direito internacional privado convencional – e mesmo a *Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961 sobre a lei aplicável à forma das disposições testamentárias*¹¹, embora congregue mais de 40

European Succession Laws”, *The Law of Succession: Testamentary Freedom; European Perspectives*, Miriam Anderson and Esther Arroyo i Amayuelas (ed.), Groningen: Europa Law Publ., 2011, p. 3 ss.; A. VERBEKE/Y.-H. LELEU, “Harmonisation of the Law of Succession in Europe”, *Towards a European civil code*, Arthur Hartkamp... [et al.] (ed.), 3rd ed., The Hague... [etc.]: Kluwer Law International, 2004, p. 335 ss.; N. DETHLOFF, “Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Vergemeinschaftung und Internationalität - Perspektiven für die Forschung”, *ZEuP*, v. 15 (2007), esp. p. 999 ss.; K. KUCHINKE, “Über die Notwendigkeit, ein gemeineuropäisches Familien- und Erbrecht zu schaffen”, *Europas Universale rechtsordnungpolitische Ausgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, Gerhard Köbler, Meinhard Heinze, Wolfgang Hromadka (Hrsg.), München: Beck, 2000, p. 589 ss.; e N. ASCENSÃO SILVA, “«Desenvolvimentos recentes do direito europeu da família e das sucessões» – Algumas notas”, *Lex Familiae*, ano 4, n.º 7 (2007), p. 45 ss.

9 – Seja como for, e partindo de um suporte comparatístico, tem-se assumido como certa a real convergência dos regimes sucessórios europeus e até reconhecido que a íntima ligação da matéria sucessória à instituição familiar, e aos sentidos de evolução que aqui se vão arraigando, acabará igualmente por ditar aquela aproximação, professando-se, por conseguinte, a crença na possibilidade de uma unificação (progressiva) do direito material europeu das sucessões. Cf., neste sentido, entre nós, D. SILVA MORAIS, *Viabilidade de uma unificação jus-sucessória a nível europeu: unificação meramente conflitual ou unificação material?*, Coimbra: Almedina, 2005, esp. pp. 23 ss., 145 ss. e 285 ss.; C. PAMPLONA CORTE-REAL, “Um Código Civil para a Europa. Necessidade e interesse de uma unificação no âmbito do Direito das Sucessões” *Um Código Civil para a Europa. A Civil Code for Europe. Un Code Civil pour l’Europe*, Manuel Lopes Porto... [et al.], Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 137 ss.; na doutrina estrangeira, embora sempre reconhecendo a dificuldade de tal tarefa, S. CÁMARA LAPUENTE, “¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte”, *Derecho privado europeo*, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Madrid: Colex, 2003, p. 1185 ss.; H. LELEU, “La transmission de la succession...”, cit., p. 46 ss.; A. FUSARO, “La circolazione dei beni ereditari ed il diritto privato europeo”, *Familia*, 2005, p. 361 ss.; D. LEIPOLD, “Europa und das Erbrecht”, *Europas Universale rechtsordnungpolitische Ausgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, Gerhard Köbler, Meinhard Heinze, Wolfgang Hromadka (Hrsg.), München: Beck, 2000, esp. p. 659.

Na verdade, defendeu-se já a elaboração um tratado internacional que contivesse uma lei uniforme relativa à transmissão sucessória [assim, Y.-H. LELEU, “Nécessité et moyens d’une harmonisation des règles de transmission successorale en Europe”, *European Review of Private Law*, v. 6 (1998), p. 159 ss.; e, de igual modo, entre nós, C. PAMPLONA CORTE-REAL, “Um Código Civil para a Europa...”, cit. esp. p. 157).

10 – Sobre esta Convenção, vide, por exemplo, *Actes et documents de la Seizième session (3 au 20 octobre 1988)*, t. II (Successions – Loi applicable), La Haye: SDU/Bureau Permanent de la Conférence, 1990; J. H. VAN LOON, “Towards a Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons”, *Hague Yearbook of International Law [Hague YIL]*, v. 1 (1988), p. 270 ss.; *IDEM*, “The Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons”, *Hague YIL*, v. 2 (1989), p. 48 ss.; P. LAGARDE, “La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions”, *Revue Critique*, v. 78 (1989), p. 249 ss.; A. E. VON OVERBECK, “La Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort”, *Annuaire Suisse de Droit International [ASDI]*, v. XLVI (1989), p. 138 ss.; J. SCHOENBLUM, “Choice of Law and Succession to Wealth: A Critical Analysis of the Ramifications of the Hague Convention on Succession to Decedents’ Estates”, *Virginia Journal of International Law*, v. 32 (1991-1992), p. 8 ss.; C. BRUCH, “The Hague Convention on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons: Do Quasi-Community Property and Mandatory Survivorship Laws Need Protection”, *Law and Contemporary Problems*, v. 56, n.º 2 (1993), p. 309 ss.; E. SCOLLES, “The Hague Convention on Succession”, *The American Journal of Comparative Law*, v. 42 (1994), p. 85 ss.; ALEGRIA BORRÁS, “La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l’Espagne”, *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A.L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, Alegria Borrás... [et al.] (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 7 ss.; T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 1996; J. PIRRUNG, “Die Haager Konferenz für IPR und ihr Übereinkommen vom 1. August 1989 über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht”, *Mélanges Fritz Sturm offerts par ses collègues et ses amis à l’occasion de son soixante-dixième anniversaire*, Jean-François Gerkens... [et al.] (dir.), Liège: Editions Juridiques de l’Université de Liège, 1999, v. II, p. 1607 ss.; F. BOULANGER, “Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989: l’improbable unification du droit international des successions”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, cit., p. 155 ss.; G. DROZ, “Traités internationaux relatifs aux régimes matrimoniaux, successions et libéralités”, *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités...*, 2003, v. I, p. 267 ss.; e, entre nós, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional Privado*, v. II, cit., pp. 547 s., 552.

11 – Cf. *Actes et documents de la Neuvième session*, t. III (Forme des testaments), La Haye: Imprimerie nationale, 1961, especialmente, H. BATIFFOL, “Rapport explicatif relatif à l’avant projet de convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, ibidem; *IDEM*, “Une succession de méthodes. La forme des testaments en droit international privé”, *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Otto Sandrock (Hrsg.), Berlin/New-York: Walter de Gruyter, 1979, p. 434 ss.; G. DROZ, “Traités internationaux...”, cit., p. 380 ss.; *IDEM*, “Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de forme des testaments”, *Revue Critique*, v. 57 (1968), p. 1 ss.; J. A. CARRILLO SALCEDO, “La ley aplicable a la forma de las disposiciones

Estados-contratantes, não vincula, por exemplo, nem o Brasil nem Portugal. De resto, se pensarmos igualmente no movimento de unificação levado a cabo no contexto americano, temos de referir que no seio das Conferências interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) não foi elaborado qualquer instrumento específico em matéria sucessória e que as velhas regras do *Código Bustamante*, de 1928, e do *Tratado de direito civil internacional de Montevideo*, de 1889 e revisto em 1940 (este instrumento internacional não vigora no Brasil), têm hoje, por razões sobejamente conhecidas e que não nos cabe por agora enunciar, uma relevância manifestamente diminuta.

Seja como for, valem na ordem jurídica portuguesa, designadamente no âmbito da matéria de que nos ocupamos, três instrumentos convencionais dignos de menção.

Em primeiro lugar, refira-se a *Convenção de Washington de 1973 relativa à Lei Uniforme sobre a forma de um testamento internacional*¹² (UNIDROIT), vigente em Portugal desde 9 de Fevereiro de 1978, e que estabelece em matéria testamentária um regime material unificado, embora exclusivamente no que respeita à questão da forma das disposições *mortis causa*.

Depois, destaque-se a *Convenção europeia sobre o estabelecimento de um sistema de registo de testamentos*¹³ (Basileia, 1972), instrumento elaborado no seio do Conselho da Europa e aplicável em Portugal desde 21 de Julho de 1982. Todavia, a Convenção trata apenas fundamentalmente da criação dos organismos encarregados do registo dos testamentos e que prestam as informações de acordo com o seu artigo 8.^º, n.º 2, não sendo derogadas, por conseguinte, as normas legais que em cada Estado-contratante dispõem sobre a validade dos negócios jurídicos sucessórios.

Por fim, há ainda que mencionar a *Convenção da Haia de 2 de Outubro de 1973*

testamentarias. Nota sobre el proyecto de convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de DIP, IXa sesión, 1960", *REDI*, v. XIV, p. 169 ss.; CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport relatif à la Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires* (*Rapp. M. DE Grailly*), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1963; R. VAN DER ELST, "La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires", *Rev. not. b.*, v. 98 (1972), p. 115 ss.; L. SCHEUCHER, "Das Haager Testamentsabkommen", *ZfRV*, v. 5 (1964), p. 216 ss., v. 6 (1965), p. 85 ss.; M. FERID, "Die 9. Haager Konferenz", *RebelsZ*, v. 27(1962), p.411 ss.; G. FLORE, "Intorno allo schema di convenzione sulla legge applicabile alla forma delle disposizione testamentarie", *Rivista di Diritto Internazionale [RD]*, v. XLII (1959), p. 578 ss.; A. E. VON OVERBECK, "Vers une convention internationale sur la loi applicable à la forme des testaments", *ASDI*, v. XV (1958), p. 215 ss.; *IDEM*, "L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments", Fribourg, Suisse, 1961, esp. p. 36 ss.; *IDEM*, "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions", *Recueil des Cours*, t. 104 (1961), p. 593 ss.; P. VOLKEN, "Von der Testamentsform im IPR", *Conflicts et harmonisation. Kollision und Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65^{ème} anniversaire*, Walter Stoffel et Paul Volken (org.), Fribourg: Éditions Universitaires, 1990, p. 575 ss.

12 – Foi internamente determinada a aplicação ao testamento internacional das normas legais relativas ao testamento cerrado (artigo 2.^º, Decreto-lei n.º 177/79, de 7 de Junho); ainda de acordo com este diploma, para os efeitos convencionais, a aprovação do testamento internacional cabe aos notários ou, caso o acto seja praticado no estrangeiro, aos agentes consulares.

Para a explicitação das soluções convencionais, cf.: J.-P. PLANTARD, *Rapport explicatif sur la convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international*, [s.n.]: [s.l.], [s.d.]; M. REVILLARD, "L'entrée en vigueur de la Convention de Washington du 28 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international", *Journal du Droit International [Clunet]*, v. 122 (1995), p. 585 ss.; G. DROZ, "Traité internationaux...", v. I, cit., p. 308 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 238.

13 – Cf. *Explanatory Report to the Convention on the Establishment of a Scheme of Registration of Wills Basel*, 16.V.1972, [s.l.]: [s.n.], [s.d.]; G. DROZ, "Traité internationaux...", v. I, cit., p. 301 ss.

sobre a administração internacional de heranças¹⁴, vigente entre nós desde 1 de Julho de 1993 e a que, para além do nosso país, apenas a República Checa e a Eslováquia se encontram obrigadas, encontrando-se aí instituído um certificado internacional destinado a indicar as pessoas habilitadas a administrar a massa hereditária, designadamente os bens móveis (artigo 1.º), conquanto, na verdade, o funcionamento do dispositivo convencional possa ser estendido à administração dos bens imóveis mediante o cumprimento do disposto no artigo 30.²¹⁵ Em qualquer caso, o certificado internacional será emitido no Estado da residência habitual do *de cuius* (artigo 2.º) e a autoridade competente – em Portugal, tal função cabe aos notários ou, no caso de inventário judicial, ao juiz do processo – mobilizará, em princípio, a *lex fori* (artigo 3.º), desvelando-se desse modo um conhecido exemplo de correlação *forum-ius*. Todavia, ainda nos termos do artigo 38.º da Convenção, e usando da faculdade reconhecida pelo seu artigo 31.º, caso o *de cuius* seja português, será aplicada a lei portuguesa na designação do titular do certificado e na indicação dos poderes que lhe são outorgados. Acresce ainda que o certificado é reconhecido em Portugal, nos termos do Decreto-lei n.º 327/77, de 10 de Agosto, pelo tribunal da Comarca onde os bens se encontram (ou os de maior valor), através de um processo especial, pelo que, verdadeiramente, não se sancionou aqui um sistema de reconhecimento automático ou *ipso iure*.

Em suma, encontramos-nos face a experiências de unificação que têm tido um parco significado prático no seio do movimento de internacionalização do direito das sucessões internacionais, o que se comprova se atendermos tanto ao número diminuto dos Estados que se lhes encontram vinculados como ao seu reduzido âmbito de aplicação *ratione materiae* (v.g., o registo dos testamentos, a administração das heranças ou a forma das disposições mortis causa), sancionando-se até, na verdade, orientações – como é o caso do *favor validitatis* – já anterior e autonomamente consolidadas na *praxis* dos distintos Estados. Aliás, o mesmo se pode concluir relativamente aos instrumentos bilaterais e onde, em matéria de cooperação jurídica e judiciária, é habitual que se imponha apenas um dever de informar a feitura de testamentos pelos nacionais de outros Estados-contratantes – v.g., o artigo 141.º do **Acordo de cooperação jurídica e judiciária entre a República Portuguesa e a República de Angola** (1995) e que vigora desde 5 de Maio

14 – Sobre esta iniciativa, cf. *Actes et documents de la Douzième session (2 au 21 octobre 1972)*, t. II (Administration des successions), La Haye: Imprimerie Nationale, 1974; H. BATIFFOL, “La douzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *Revue Critique*, v. 62 (1973), p. 244 ss.; C. FRAGISTAS, “La Convention de La Haye sur l’administration internationale des successions”, *Anuario de Derecho Internacional*, v. I (1974), p. 29 ss.; G. DROZ, “Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 229 (1991), p. 249 ss.; B. GOLDMAN, “Le projet de Convention de La Haye sur l’administration internationale des successions”, *Clunet*, v. 101 (1974), p. 256 ss.; P. LALIVE, “L’administration internationale des successions”, *ASDI*, v. XXVIII (1972), p. 61 ss.; HAOPEI LI, *op. cit.*, p. 73 ss.; K. LIPSTEIN, “Das Haager Abkommen über die internationale Abwicklung von Nachlässen”, *RabelsZ*, v. 39 (1975), p. 29 ss.; M. GORÉ, *L’administration des successions...*, cit., p. 205 ss.; e, entre nós, R. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 159 ss.

15 – Com efeito, por ocasião do depósito do instrumento de ratificação da Convenção, em 23 de Abril de 1976, Portugal declarou reconhecer, sob condição de reciprocidade e em medida idêntica aos poderes que os cidadãos portugueses detêm sobre imóveis, os poderes contidos em certificados passados no estrangeiro sobre coisas imóveis situadas em território português (Aviso 223/96, de 5 de Julho de 1996, do Departamento de Assuntos Jurídicos).

de 2006¹⁶.

Se é verdade que durante muito tempo a matéria sucessória foi sendo sempre excluída do âmbito de aplicação *ratione materiae* dos instrumentos comunitários de direito internacional privado, certo é que também aqui chegaram os esforços codificadores da União Europeia, consumados no Regulamento (UE) n.º 650/2012, de 4 de Julho de 2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu¹⁷

16 – O artigo 141.º dispõe o seguinte: “Os Estados Contratantes obrigam-se reciprocamente a comunicar, logo que possível e por intermédio dos respectivos Ministros da Justiça, mensalmente e por meio de fichas de modelo a acordar por troca de notas, os testamentos cerrados e de renúncia ou repúdio de herança ou legado feitos no território de um deles e relativos a nacionais do outro.”

17 – Para o estudo aprofundado do Regulamento (UE) n.º 650/2012, e para além de outras referências bibliográficas oportunamente indicadas, vide: *EU-Erbrechtsverordnung: Kommentar*, Ulf Bergquist... [et al.], Köln: Schmidt, 2015; M. GREESKE, *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main... [etc.]: PL Acad. Research, 2014; A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement no. 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles: Bruylant, 2013; *Le règlement européen du 4 juillet 2012 sur les successions internationales (Actes du colloque organisé le 12 avril 2013 par l'Université de Pau et des Pays de l'Adour)*, Daniel Vigneau... [et al.], *Droit de la famille*, 18e année (2013), n.º 10, p. 8 ss.; N. ASCENSÃO SILVA, “O reconhecimento e a eficácia dos testamentos...”, cit., pp. 161 s., 166 ss.; T. BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successione”, *RDI*, v. XCVI (2013), p. 1116 ss.; M. BOGDAN, “Some Reflections on Multiculturalism, Application of Islamic Law, Legal Pluralism and the New EU Succession Regulation”, *A Commitment to Private International Law: Essays in Honour of Hans van Loon = Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Cambridge... [etc.]: Intersentia, 2013, p. 59 ss.; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale [RDIPP]*, v. XLIX (2013), p. 293 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: análisis crítico*, Granada: Comares, 2014; D. DAMASCELLI, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte: (dalla l. n. 218/1995 al reg. UE n. 650/2012)*, Milano: Giuffrè, 2013; *Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, Anatol Dutta und Sebastian Herrler (Hrsg.), München: Beck, 2014; *Die neue europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband (... am 14. November 2012 Tagung “Die neue Erbrechtsverordnung”)*, Johannes Hager (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2013; *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, G. Khairallah, M. Revillard (dir.), Paris: Defrénois, 2013; *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, Martin Schauer und Elisabeth Scheuba (Hrsg.), Wien: Manz, 2012; M. GUZMÁN ZAPATER, “La ley nacional e intervención notarial en sucesiones”, *Autonomía de la voluntad en el derecho privado: estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Consejo General del Notariado, v. V (Derecho internacional privado e interregional), Madrid: Wolters Kluwer - Consejo General del Notariado, 2012, p. 303 ss.; *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Pietro Franzina e Antonio Leandro (a cura di), Milano: Giuffrè, 2013; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales [REEI]*, n.º 27 (2014), 59 pags.; I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *InDret (Revista Para Análisis Del Derecho)*, 2013, n.º 2, 58 pags.; J. FONTANELLAS MORELL, “El testamento mancomunado en el Reglamento 650/2012 relativo a las sucesiones por causa de muerte”, *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Joaquim Forner Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré (coords.), Madrid: Pons, 2013, p. 405 ss.; E. FONGARO, “L'anticipation successorale à l'épreuve du «règlement successions»”, *Clunet*, v. 141 (2014), p. 476 ss.; K. HILBIG-LUGANI, “Das gemeinschaftliche Testament im deutsch-französischen Rechtsverkehr – Ein Stiefkind der Erbrechtsverordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts [IPRax]*, v. 34 (2014), p. 480 ss.; C. KERN/D. GLÜKER, “Das neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur”, *RabelsZ*, v. 78 (2014), p. 294 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”, *Revue Critique*, v. 101 (2012), p. 691 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões na União Europeia. Primeiras reflexões”, *BFUDC*, v. LXXXIX, t. I (2013), p. 69 ss.; C. KOHLER/W. PINTENS, “Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012”, *FamRZ*, v. 59 (2012), p. 1426 ss.; A. DEIXLER-HÜBNER/M. SCHAUER, *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, Wien: Manz, 2015; S. MULLER-BROMLEY, “Die Anwendung der Europäischen Erbrechtsverordnung am Beispiel Portugals”, *Altruistische Rechtsgeschäfte sowie Methoden- und Rezeptionsdiskussionen im deutsch-lusitanischen und internationalen Rechtsverkehr: 20. und 21. Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Osnabrück und Köln*, Stefan Grundmann, Christian Baldus, Cláudia Lima Marques (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 71 ss.; M. SCHAUER, “Erbrecht Goes Europe: Ausgewählte Fragen der EU-Erbrechtsverordnung”, *Migration, Familie und Vermögen: vom europäischen Erbrecht bis zu binationalen Ehen*, Astrid Deixler-Hübner und Martin Schauer (Hrsg.), Wien: LexisNexis, 2014, p. 45 ss.; E. FONGARO, “Les principales innovations du règlement Successions”, *Vers un statut européen de la famille: [actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Kean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013]*, Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon (dir.), Paris : Dalloz, 2014, p. 65 ss.; A. DAVI/A. ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino: Giappichelli, 2014.

Tendo em vista as intenções iniciais da União Europeia, os trabalhos preparatórios e as propostas que levaram à adoção do texto final

Com efeito, a criação de uma regulamentação comum das sucessões internacionais constitui mais uma etapa no processo de uniformização do direito internacional privado dos Estados europeus, tratando-se de um intervenção que vem na sequência de outras

do Regulamento, cf. ainda: "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council of Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession", Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ*, v. 74 (2010), p. 522 ss.; D. LEHMANN, *Die Reform des internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*, Angelbachtal: Zerb-Verl., 2006; *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EUZPR/EuIPR; Kommentar: Brüssel IIIa-VO, EG-UntVO, EG-ErbVO-E, HUntStProt 2007*, Thomas Rauscher (Hrsg.), Neubearb. 2010, München: Sellier, 2010, p. 813 ss.; B. ANCEL, "Convergence des droits et droit européen des successions internationales. La Proposition de Règlement du 14 octobre 2009", *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Sachen-, Familien- und Erbrecht? – Droit privé européen: l'unité dans la diversité. Convergences en droit des biens, de la famille et des successions?*, Christian Baldus, Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), München: Sellier, 2011, p. 185 ss.; A. BONOMI, "Choice-of-law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession - A First Glimpse at the Commission's Proposal", *Convergence and Divergence in Private International Law: liber amicorum Kurt Siehr*, Katharina Boele-Woelki... [et al.] (ed.), The Hague/Zürich... [etc.]: Eleven International Publishing/Schulthess, 2010, p. 157 ss.; *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Georges Khairallah et Mariel Revillard (dir.), Paris: Deffrénois, 2010; A. DAVI, "Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni", *RDI*, v. LXXXVIII (2005), p. 297 ss.; "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht", Heinrich Dörner... [et al.], *IPRax*, v. 25 (2005), p. 1 ss.; P. KINDLER, "La legge regolatrice delle successioni nella proposta di regolamento dell'Unione Europea: qualche riflessione in tema di carattere universale, rinvio e *professio iuris*", *RDI*, v. XCIV (2011), p. 422 ss.; *IDEM*, "From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills", *Convergence and Divergence in Private International Law...*, cit., p. 251 ss.; *IDEM*, "Vom Staatsangehörigkeits- zum Domicilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union", *IPRax*, v. 30 (2010), p. 44 ss.; T. FRANTZEN, "Europäisches internationales Erbrecht", *Festschrift für Erik Jayme*, Heinz-Peter Mansel... [et al.] (Hrsg.), München: Sellier, European Law Publishers, 2004, Band 1, p. 187 ss.; J. M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo: comentarios*, Barcelona: Bosch, 2010; R. MIQUEL SALA, "El Libro Verde sobre sucesiones y testamentos: primeros pasos hacia el Reglamento «Bruselas IV»", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado [AEDIP]*, v. 7 (2007), p. 695 ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, "Approach to the Proposal for a Regulation of the European Union on Succession", *Latest Developments in EU Private International Law*, Beatriz Campuzano Diaz... [et al.] (coord.), Cambridge... [etc.]: Intersentia, 2011, p. 133 ss.; C. RUDOLF, "Vereinheitlichtes Europäisches Erbrecht – Das Grünbuch «Erb- und Testamentsrecht», *Österreichische Notariats-Zeitung: Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit*, v. 137 (2005), p. 297 ss.; K. SCHURIG, "Das internationale Erbrecht wird europäisch - Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung", *Festschrift für Ulrich Spellenberg: zum 70. Geburtstag*, Jörn Bernreuther... [et al.] (Hrsg.), München: Sellier Europ. Law Publ., 2010, p. 343 ss.; R. SÜß, "Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009", *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtpraxis*, 12/2009, p. 342 ss.; F. TROMBETTA-PANIGADI, "Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte", *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. New Instruments of Private International Law. Nouveaux instruments du droit international privé. Liber Fausto Pocar*, Gabriella Venturini e Stefania Bariatti (a cura di), Milano: Giuffrè, 2009, p. 951 ss.; R. WAGNER, "Des Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens", *Deutsche Notar-Zeitschrift – Verkündungsblatt der Bundesnotarkammer*, 2010, p. 506 ss.; P. LAGARDE, "Éléments pour un droit international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions", *Seminário internacional sobre a comunitarização do direito internacional privado (Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras)*, Luís de Lima Pinheiro (org.), Coimbra: Almedina, 2005, p. 154 ss.; *IDEM*, "Familienvermögens- und Erbrecht in Europa", *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union*, Peter Gottwald (Hrsg.), Bielefeld: Giesecking, 2004, p. 10 ss.; *IDEM*, "Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions", *Pacis Artes – Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez... [et al.] (org.), t. II (Derecho internacional privado, Derecho Constitucional y Varia), Madrid: EDITER Publicaciones, 2005, p. 1687 ss.; M. C. de LAMBERTY-ATRAN, "Quel droit européen en droit patrimonial de la famille? Le livre vert sur les successions et les testaments", *Caisse nationale des Allocations familiales - Informations sociales*, n. 9 129, 2006/1, p. 84 ss.; E. LEIN, "A Further Step towards a European Code of Private International Law: The Commission Proposal for a Regulation on Succession", *Yearbook of Private International Law [YPIL]*, v. XI (2009), p. 107 ss.; *Réponses au questionnaire en matière de successions et testaments – Livre vert de la Commission Européenne [COM (2005) 65 final du 1er mars 2005] avec un avant-projet de règlement communautaire concernant les conflits de lois et de juridictions, et l'institution du certificat successoral européen*, Consiglio Nazionale del Notariato – Commissione Affari Europei e Internazionali, Milano: Giuffrè, 2005; CONFÉRENCE DES NOTARIATS DE L'UNION EUROPÉENNE, *Réponses de la CNUÉ relatives au Livre vert "Successions et testaments"*, [s.l.]: [s.n.], 2005; *Les successions internationales dans l'UE...*, cit.; A. BONOMI, "Successions internationales: conflits de lois...", cit., p. 71 ss., *passim*; *IDEM*, "Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni", *RDIPP*, v. XLVI (2010), p. 875 ss.; E. CAL, "Il progetto di regolamento dell'Unione Europea sulla legge applicabile alle successioni: le parole non dette", *InDret*, 3/2010, p. 1 ss.; R. HAUSMANN, "Community Instrument on International Successions and Wills", *Le nuove competenze comunitarie: obbligazioni alimentari e successioni*, Maria Caterina Baruffi e Ruggiero Cafari Panico (a cura di), Padova: CEDAM, 2009, p. 149 ss.; D. LEHMANN, "Ernüchternde Entwicklung beim Europäischen Erbrecht?", *Familie, Partnerschaft, Recht*, v. 14 (2008), p. 203 ss.; KOHLER/W. PINTENS, "Entwicklungen im europäischen Familien und Erbrecht 2009-2010", *FamRZ*, v. 57 (2010), p. 1483 ss.; A. DUTTA, "Succession and Wills in the Conflict of Laws", *RabelsZ*, v. 73 (2009), p. 547 ss.; A. JUNGHARDT, *Die Vereinheitlichung des Erb- und Testamentsrechts im Rahmen einer Europäischen Verordnung – Rom IV – VO*, Regensburg: Roderer, 2009, esp. p. 152 ss.; P. TERNER, "Perspectives of a European Law of Succession", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, v. 14 (2007), esp. p. 157 ss.; A. DUTTA, "The Europeanisation of International Succession Law", *The Future of Family Property in Europe*, Katharina Boele-Woelki, Jo Miles and Jens M. Scherpe (ed.), Cambridge... [etc.]: Intersentia, 2011, p. 341 ss.

já desenvolvidas – mormente a partir do momento em que, com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1999, muitos aceitaram que havia sido deste modo reconhecida à então Comunidade Europeia uma competência genérica no âmbito da regulamentação das situações privadas internacionais –, tendo em vista a promoção do princípio do reconhecimento mútuo e a criação de um “espaço de liberdade, segurança e justiça” [cf., hoje, os artigos 4.º, n.º 2, *alínea j*), 67.º e 81.º, n.º 1, do **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia** (TFUE)]. Ora, tais competências mantiveram-se após o Tratado de Lisboa, achando-se actualmente regulamentadas no Título V do TFUE e onde a consolidação do “espaço de liberdade, segurança e justiça”, através do reforço da cooperação judiciária em matéria civil, continua a assumir um papel primordial, designadamente as medidas que tenham como objectivo assegurar o reconhecimento e execução das decisões judiciais e extrajudiciais e a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdições (artigo 81.º e ss., TFUE).

E se, em rigor, no artigo 81.º, n.º 2, do TFUE, se continua a fazer depender a legitimidade das medidas relativas à cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça à sua necessidade do ponto vista do bom funcionamento do mercado interno – à semelhança do que já acontecia na versão dada ao Tratado de Roma (o Tratado que Instituiu a Comunidade Europeia) pelo Tratado de Amesterdão –, não parece que daqui se tenham erigido dificuldades de monta à adopção do Regulamento (UE) n.º 650/2012, ora porque a matéria sucessória tem uma manifesta relevância patrimonial e o princípio da autonomia da vontade tem aí um papel acrescido – o que, ao permitir a autonomização do direito das sucessões, permite fugir aos entraves que a intervenção europeia em matéria de direito da família tem conhecido – ora porque a diversidade dos regimes materiais e conflituais internos tem sido amiúde considerada no seio do espaço europeu como um obstáculo à livre circulação de pessoas, um empecilho para os cidadãos europeus que no contexto sucessório internacional procuram exercer os seus direitos e, inclusivamente, uma ameaça à propriedade privada, um dos direitos garantidos pelos **Tratados e pela Carta dos direitos fundamentais da União Europeia** **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (cf. o artigo 17.º)¹⁸.

Na verdade, e se quisermos compreender em termos mais circunstanciados a génese e conteúdo de tal intervenção europeia no domínio do direito internacional

18 – Sobre a competência da União Europeia no âmbito do direito internacional privado das sucessões, e para além de se tratar de uma questão estudada na generalidade das obras referidas na nota anterior, cf.: H. HAAS, “Die Europäische Zuständigkeitsordnung in Erbsachen”, *Kollisionsrecht in der Europäischen Union: neue Fragen des internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Brigitta Jud, Walter Rechberger und Gerte Reichelt (Hrsg.), Wien: Sramek, 2008, p. 130 ss.; IDEM, “Der europäische Justizraum in «Erbsachen»”, *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit...*, cit., p. 45 ss.; C. STUMPF, “EG-Rechtssetzungskompetenzen im Erbrecht”, *Europarecht: in Verbindung mit der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht*, v. 42 (2007), p. 291 ss.; IDEM, “Europäisierung des Erbrechts: Das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, v. 17 (2006), p. 587 ss.; M. NAVRÁTILOVÁ, “Familienrechtliche Aspekte im europäischen Erbkollisionsrecht. Unter Einbeziehung der Rechtsetzungskompetenz nach dem Vertrag von Lissabon”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, v. 5 (2008), p. 144 ss.; C. KOHLER, “Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum für das Familien- und Erbrecht – Das Maßnahmenprogramm des Rates zur Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen im Binnenmarkt”, *FamRZ*, v. 49 (2002), p. 709 ss.

privado, não devemos perder de vista que esta teve um contexto de emergência marcado pela necessidade de prosseguir determinados *desiderata* mais gerais – *maxime*, uma organização previsível da sucessão, desde logo, por parte do *de cuius*, e uma protecção eficaz de todos os interessados, mormente dos herdeiros, dos terceiros e dos credores – e pela urgência em dar cumprimento a específicos objectivos – designadamente, a prevenção de procedimentos paralelos, a prossecução da uniformidade da lei aplicável, a garantia da autonomia do *de cuius*, a facilidade no reconhecimento e execução das decisões estrangeiras e dos actos exarados no estrangeiro e, por fim, o acesso fácil à informação sobre os testamentos¹⁹. Aliás, só tendo em vista esta teia de propósitos, nem sempre conseguidos, se pode compreender o dispositivo fundamental do Regulamento e que se traduz, na sua essência, na harmonização das regras de competência, das regras de conflitos de leis e das regras de reconhecimento das decisões, dos actos autênticos e das qualidades (de herdeiro ou legatário) e dos poderes constantes do certificado sucessório, no reconhecimento da autonomia da vontade através da possibilidade da *professio iuris*, na protecção dos herdeiros, mormente da legítima, e, finalmente, na agilização dos procedimentos sucessórios através do certificado sucessório europeu.

De qualquer forma – o que se espelhou, desde logo, em múltiplas dificuldades no tangente à circunscrição do âmbito de aplicação material do novo instrumento –, foram enormes os obstáculos encontrados na tentativa de conciliação das diferentes tradições jurídicas patrimoniais dos Estados-membros da União Europeia. Para o comprovarmos, basta repararmos na tutela incondicional da legítima por parte dos ordenamentos continentais e que se afastam profundamente do *iceberg* sucessório inglês, tradicionalmente caracterizado pelo amplo reconhecimento da liberdade testamentária, pela preocupação basilar em tutelar a segurança das transacções inter vivos e pela rejeição de uma possível redução por ineficácia *in natura*²⁰. Por outro lado, também a existência de regimes profundamente diferenciados quanto à administração da herança – mais uma vez, releva-se a insistência dos anglo-saxónicos na manutenção do modelo tradicional de administração de bens hereditários através de um *personal representative* – não pôde deixar de ser considerada pelo legislador europeu, levando à formulação de um extenso regime que contém preceitos especiais sobre a nomeação e os poderes dos administradores da herança em determinadas situações – mormente nos casos em que tal nomeação seja obrigatória de acordo com a lei do Estado-membro cujas autoridades jurisdicionais sejam competentes para decidir da sucessão nos termos regulamentares e a *lex successionis* seja uma lei estrangeira – e onde, na verdade, se sedimentou um dispositivo complexo, e que abica – sem prejuízo do necessário respeito do conteúdo fundamental do estatuto regulador da sucessão – na concessão aos órgãos jurisdicionais competentes para decidirem a sucessão de uma ampla margem de conformação dos

19 – Para a elucidação das finalidades prosseguidas pelo Regulamento e das orientações gerais que aí foram plasmadas, perspectivando-as sempre no quadro da construção do “espaço de liberdade, segurança e justiça”, veja-se, por exemplo, M. GREESKE, *op. cit.*, p. 9 ss.

20 – Vide *infra*, notas 28, 29, 33, e texto correspondente.

poderes dos administradores e até, eventualmente, na concentração nas suas mãos de um surpreendente *cocktail* de poderes, ora exercidos nos termos da *lex successionis* ora nos da *lex fori* (cf. o artigo 29.^o)²¹.

Acresce ainda que, e embora o Regulamento cubra todos os títulos de vocação sucessória (sucessão legal e sucessão voluntária, testamentária ou contratual) [artigo 2.^o, n.º 1, *alínea a*]], excluem-se do seu âmbito de aplicação os direitos e os bens criados ou transferidos fora do âmbito da sucessão, tais como as liberalidades, a propriedade conjunta de várias pessoas com reversibilidade a favor da pessoa sobrevivente, os planos de reforma, os contratos de seguro e as disposições análogas, sem prejuízo do artigo 23.^o, n.º 2, *alínea i*) [artigo 1.^o, n.º 2, *alínea g*]], o mesmo acontecendo com a criação, administração e dissolução de *trust* [artigo 1.^o, n.º 2, *alínea j*]], a natureza dos direitos reais, não tolhendo, designadamente, o *numerus clausus* dos direitos sobre as coisas, a qualificação dos bens e a determinação das prerrogativas dos titulares dos direitos reais [artigo 1.^o, n.º 2, *alínea k*]], e as questões relativas ao registo dos bens móveis, ou imóveis, incluindo os requisitos legais para a inscrição registal, bem como os efeitos da sua feitura ou omissão [artigo 1.^o, n.º 2, *alínea l*)]²².

Tendo em conta este âmbito de aplicação material tão circunscrito, e considerando que o Regulamento (UE) n.º 650/2012 será aplicável, a partir de 17 de Agosto de 2015, à sucessão das pessoas falecidas nessa ou após essa data, em todos os Estados-membros da União Europeia, com excepção do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca (cf. *Consideranda* 82 e 83 e o artigo 84.^o), teremos ocasião de aludir, dentro do âmbito temático de que especificamente aqui nos ocupamos, a algumas das soluções que aí foram sancionadas e que, nalguns casos, se afastam significativamente das actualmente

21 – Sobre o regime europeu nesta matéria, cf.: A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", cit. p. 313 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 451 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1127 s.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 179 ss.; S. GODECHOT-PATRIS, "L'administration des successions", *Droit européen des successions internationales...*, cit., p. 87 ss.; A. DUTTA, "The Europeanisation...", cit., p. 358 s.; M. GREESKE, *op. cit.*, p. 159 ss., esp. p. 175 s.; P. LAGARDE, "Les principes de base...", cit., p. 711 ss.; R. MOURA RAMOS, "O Direito internacional privado das sucessões...", cit., p. 95 s.; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 181 ss.; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 181 ss.

22 – Para uma exposição aprofundada do artigo 1.^o, n.º 2, do Regulamento, e de muitos dos problemas suscitados pela complexa delimitação do estatuto sucessório relativamente a outros que se se lhe acham chegados, vide: S. ALMA-DELETTRE, "Le champ d'application du règlement", *Droit de la famille*, 18e année (2013), n.º 10, p. 9 ss.; M. HELENA MOTA, "El ámbito de aplicación material y la ley aplicable en la Propuesta de Reglamento «Roma IV»: algunos problemas y omisiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 5, n.º 2 (2013), p. 428 ss.; P. BLANCO-MORALES LIMONES, "Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo", *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno (eds.); Manuel Penadés Fons (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 418 ss.; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, "Aproximación a un concepto autónomo de propiedad sucesoria en el reglamento núm. 650/2012", *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., esp. p. 381 ss.; A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", cit., p. 295 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 74 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1128 ss.; H. DÖRNER, "Die Abgrenzung des Erbstatut vom Güterstatut", *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 73 ss.; C. HERTEL, "Die Abgrenzung des Erbstatut vom Sachstatut und vom Gesellschaftsstatut", *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 85 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 32 ss.; C. NOURISSAT, "Le champ d'application du règlement", *Droit européen des successions internationales...*, cit., p. 17 ss.; G. BIAGIONI, "L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni", *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, cit., p. 25 ss.; A. DUTTA, "The Europeanisation...", cit., p. 354 s.; M. GREESKE, *op. cit.*, pp. 141 s., 198 ss. (considerando especificamente as relações do estatuto sucessório com o estatuto patrimonial do casamento); P. LAGARDE, "Les principes de base...", cit., p. 695 s.; R. MOURA RAMOS, "O Direito internacional privado das sucessões...", cit., p. 75 s.; A. DAVÍ/A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 25 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, "Anwendungsbereich", *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, cit., p. 23 ss.

vigentes em Portugal e que, consagradas na Parte Geral do Código Civil português de 1966, se mantiveram, naquilo que diz respeito às sucessões, até hoje intocadas.

De qualquer maneira, considere-se desde já que as normas de conflitos de leis contidas no Regulamento têm força universal (artigo 20.^o), uma vez que a lei designada por força das regras de conflitos uniformes europeias será aplicável ainda que não seja a de um Estado-membro.

Do mesmo modo, e ao contrário daquilo que acontece na generalidade dos instrumentos europeus relativos aos conflitos de jurisdições, designadamente nos Regulamentos Bruxelas I revisto [*Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (artigo 6.º, n.º 1)*] e Bruxelas IIbis [*Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 (artigo 7.º, n.º 1)*], sempre que nenhum dos inúmeros critérios atributivos de jurisdição elencados no Regulamento conduza à competência dos tribunais dos Estados-membros (artigo 4.^o ss.), não poderá haver lugar ao funcionamento dos regimes processuais internos de competência, o que, ao invés, se traduziria na criação de critérios adicionais de competência internacional. Portanto, e com ressalva do previsto no artigo 19.^o para as providências provisórias, o regime da competência internacional instituído no Regulamento tem carácter *erga omnes*, ocorrendo assim a derrogação das regras internas, o que, na verdade, atendendo à existência de um leque de competências residuais (artigo 10.^o) e à admissibilidade do *forum necessitatis* (artigo 11.^o), não parece comprometer injustificadamente o acesso em matéria sucessória internacional aos tribunais de um dos Estados-membros²³.

Pelo contrário, e para além do regime da litispendência internacional (artigo 17.^o), o regime de reconhecimento e execução abrange somente as decisões proferidas em

23 – Sobre a questão da competência internacional no âmbito sucessório, considerando o problema das relações com os Estados-terceiros, embora por vezes referindo-se criticamente ainda aos trabalhos iniciais da União Europeia, e para além da bibliografia geral referida na nota 17, vide: H. HAAS, “Die Europäische Zuständigkeitsordnung in Erbsachen”, cit., p. 132 ss.; B. WALTHER, *Der Gleichlaufgrundsatz – Abkehr oder Rückkehr?: eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht*, Frankfurt am Main: PL Acad. Research, 2013; E.-M. BAJONS, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in grenzüberschreitenden Erbrechtsfällen innerhalb des europäischen Justizraums”, *Festschrift für Andreas Heldrich: zum 70. Geburtstag*, Stephan Lorenz... [et al.] (Hrsg.), München: Beck, 2005, p. 495 ss.; IDEM, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht in Erbsachen”, *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, cit., p. 29 ss.; M. HELLNER, “El futuro reglamento de la UE sobre sucesiones. La relación con terceros estados”, *AEDIPR*, v. X (2010), p. 379 ss.; M. ÁLVAREZ TORNÉ, “La regulación de la competencia internacional en el Reglamento de la UE en materia sucesoria: un nuevo escenario frente al sistema español de Derecho internacional privado”, *Entre Bruselas y La Haya...*, cit., p. 107 ss.; IDEM, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo reglamento de la UE*, Madrid... [etc.]: Marcial Pons, 2013; IDEM, “Key Points on the Determination of International Jurisdiction in the New EU Regulation on Succession and Wills”, *YPL*, v. XIV (2012-2013), p. 409 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, “Les règles de compétence dans le règlement européen sur les successions”, *Droit européen des successions internationales...*, cit., p. 127 ss.; N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “Hacia un derecho internacional privado europeo de sucesiones: la unificación de las reglas de competencia”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 49 (2013), p. 133 ss.; R. MAGNUS, “Gerichtsstandsvereinbarungen im Erbrecht?”, *IPRax*, v. 33 (2013), p. 393 ss.; M. MEYER, *Die Gerichtsstände der Erbrechtsverordnung unter besonderer Berücksichtigung des Forum Shopping*, Frankfurt am Main: PL Acad. Research, 2013.

matéria de sucessões por um órgão jurisdicional de um Estado-membro [artigo 3.º, n.º 1, *alínea g*)]²⁴, as transações judiciais homologadas por um tribunal ou celebradas perante um tribunal no decurso de uma acção num Estado-membro [artigo 3.º, n.º 1, *alínea h*)] ou os actos autênticos, ou seja, os documentos em matéria sucessória que tenham sido formalmente redigidos ou registados como tal num Estado-membro e cuja autenticidade esteja associada à assinatura e ao conteúdo do acto autêntico, e tenha sido atestada por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para o efeito pelo Estado-membro de origem [artigo 3.º, n.º 1, *alínea i*)]²⁵.

2. A sucessão testamentária internacional e as exigências normativas que aqui sobressaem. Alusão aos problemas práticos mais frequentes no âmbito do direito internacional privado das sucessões

Ainda antes de entrarmos no problema específico que aqui perspectivamos – o reconhecimento e eficácia dos testamentos internacionais –, importa elucidar

24 – Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, o conceito de “órgão jurisdicional” inclui os tribunais e as outras autoridades e profissionais do direito competentes em matéria sucessória que exerçam funções jurisdicionais ou ajam no exercício de uma delegação de poderes conferida por um tribunal, ou sob o controlo deste, desde que essas outras autoridades e profissionais do direito ofereçam garantias no que respeita à sua imparcialidade e ao direito de todas as partes a serem ouvidas, e desde que as suas decisões nos termos da lei do Estado-membro onde estão estabelecidos possam ser objeto de recurso perante um tribunal ou de controlo por este e tenham força e efeitos equivalentes aos de uma decisão de um tribunal na mesma matéria. Sobre a aplicação das normas de competência internacional às autoridades não judiciais, cf., por exemplo, M. ÁLVAREZ TORNE, *La autoridad competente en materia de sucesiones...*, cit., p. 124 ss.

Assim, neste contexto, não deve perder-se de vista o regime instituído pela Lei n.º 23/2013, de 5 de Março (Aprova o regime jurídico do processo de inventário, altera o Código Civil, o Código do Registo Predial, o Código do Registo Civil e o Código de Processo Civil), uma vez que, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1, do *Regime jurídico do processo de inventário*, cabe aos cartórios notariais sediados no município do lugar da abertura da sucessão efectuar o processamento dos actos e termos do processo de inventário e da habilitação de uma pessoa como sucessora por morte de outra.

25 – Para a exposição do regime europeu respeitante ao reconhecimento das decisões estrangeiras [e cujo sentido amplo resulta do artigo 1.º, n.º 1, *alínea g*)], vide: A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., p. 318; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 563 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1141; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 297 ss.; J. FOYER, “Reconnaissance, acceptation et exécution des jugements étrangers, des actes authentiques et des transactions judiciaires”, *Droit européen des successions internationales...*, cit., pp. 144 ss., 153 ss.; E. D’ALESSANDRO, “Il riconoscimento, l’esecutività e l’esecuzione delle decisioni e delle transazioni giudiziarie in materia successoria” *Il diritto internazionale privato delle successioni mortis causa*, cit., p. 139 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 731 s.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 102 ss.; A. DAVÍ/A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 218 ss.; R. FUCIK, “Anerkennung und Vollstreckung”, *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, cit., p. 61 ss.

Sobre o sistema de reconhecimento (reitor, aceitação) e executoriedade dos actos autênticos consagrado no Regulamento, cf. D. DAMASCELLI, “La «circulation» au sein de l’espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale”, *Revue Critique*, v. 102 (2013), p. 425 ss.; J. FITCHEN, “«Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation”, *Journal of Private International Law*, v. 8 (2012), p. 323 ss.; J. FOYER, “Reconnaissance, acceptation et exécution...”, cit., pp. 148 ss., 160 ss.; R. CAFARI PANICO, “L’efficacia degli atti pubblici stranieri. La proposta di regolamento su giurisdizione e legge applicabile a successioni e testamenti”, *Le nuove competenze comunitarie...*, cit., p. 171 ss.; M. KOHLER/M. BUSCHBAUM, “La reconnaissance” des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l’harmonisation des règles de conflits de lois”, *Revue Critique*, v. 99 (2010), p. 643 ss.; M. BUSCHBAUM, “Reconnaissance de situations juridiques fondée sur les actes authentiques ? État des lieux et perspectives après l’entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales”, *Vers un statut européen de la famille...*, cit., p. 255 ss.; *IDEM*, “Europäisches Nachlasszeugnis und Annahme öffentlicher Urkunden - neue Mechanismen zur grenzüberschreitenden Nachlassabwicklung und ihr Verhältnis zum materiellen Sachenrecht”, *Die neue europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 39 ss.; E. PATAUT, “La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé”, *La reconnaissance des situations en droit international privé (actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013)*, Paul Lagarde (dir.), Paris: Éditions Pedone, 2013, p. 147 ss.; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., p. 318 ss.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 659 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 312 ss.; R. GEIMER, “«Annahme» ausländischer öffentlicher Urkunden in Erbsachen gemäß Art. 59 EuErbVCO”, *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 143 ss.; P. PASQUALIS, “La circolazione degli atti pubblici in materia successoria in Europa”, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, cit., p. 171 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 731 s.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 107 ss.; A. DAVÍ/A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 225 ss.; R. FUCIK, “Anerkennung und Vollstreckung”, *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, cit., p. 69 ss.

as exigências que se entrecruzam na regulamentação do fenómeno sucessório internacional e cuja “ponderação judiciosa” deverá ser realizada igualmente quando se apreciam os méritos das soluções de direito internacional privado relativas à sucessão testamentária²⁶.

a) Primeiramente, destacamos as exigências de tutela da vontade do *de cuius* e que se prendem intimamente com a protecção da propriedade privada e com o direito que a todos é reconhecido de poderem fruir os bens que hajam legalmente adquirido, de os utilizarem, de disporem deles e de livremente os transmitirem em vida ou por morte.

Deste ponto de vista, e com particular significado no âmbito da sucessão voluntária, interessa dar efeito à vontade manifestada pelo *de cuius*, o que justificará, desde logo, a assunção de um inequívoco *favor testamenti* e que resulta plenamente demonstrado da exposição que faremos do regime conflitual contido tanto no Código Civil como no Regulamento (UE) n.º 650/2012.

b) Depois, o que decerto é facilmente compreensível se atendermos que predomina em muitos ordenamentos jurídicos um “modelo familiar” do direito das sucessões²⁷, relevam as exigências de protecção da família e que irradiam tanto na sucessão legítima como na sucessão legitimária. Assim, por exemplo, a quota legitimária constitui um dos limites à autonomia do *de cuius* na disposição *mortis causa* dos seus bens e suscita problemas acrescidos no âmbito das relações internacionais²⁸.

Seja como for, embora assentando no critério segundo o qual os limites emergentes para a autonomia individual da sucessão legitimária decorrem da mobilização da *lex successionis*, sempre se poderá dizer que nem sempre esta deverá, quando implique a denegação de uma quota indisponível a certos herdeiros, ser automaticamente considerada contrária à excepção de ordem pública internacional, impondo-se na aferição da existência de uma postergação insuportável dos valores fundamentais do ordenamento

26 – Para uma sùmula das exigências que perpassam o direito de conflitos sucessório (*die Wertungskonstellation*), cf.: A. FERRER CORREIA, *Direito Internacional Privado – Alguns problemas*, cit., p. 122 ss.; e, na doutrina estrangeira, por exemplo, E. CASTELLANOS RUIZ, *op. cit.*, p. 70 ss.

27 – Cf. F. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, Coimbra: [s.n.], 1992, p. 29 s. Para uma síntese dos sistemas sucessórios, cf. ainda, e para a caracterização do paradigma sucessório português, F. PEREIRA COELHO, *op. cit.*, p. 28 ss.; R. CAPELO DE SOUSA, *Direito da família e das sucessões: relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina*, Coimbra: [s.n.], 1999, p. 33 ss.; *IDEM*, *Lições de direito das sucessões*, v. I, cit., p. 98 ss.; F. PEREIRA COELHO, *op. cit.*, p. 32 ss.; L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed. revista e atualizada, v. I (Introdução. Pressupostos da relação jurídica), Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012, p. 103 ss.; *IDEM*, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 31 ss.; C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de direito das sucessões*,..., cit., p. 168 ss.

28 – Para um esclarecimento cabal das dificuldades suscitadas pela sucessão legitimária no âmbito do direito internacional privado, vejam-se, por exemplo: P. LOKIN, “Freedom of Testation and the Protection of the Family in Private International Law”, *The Future of Family Property in Europe*, cit., p. 369 ss.; T. PFUNDSTEIN, *Pflichtteil und ordre public: Angehörigenchutz im internationalen Erbrecht*, München: Beck, 2010; N. WATTÉ, “La réserve dans les successions internationales”, *De erfrechtelijke reserve in vraag gesteld: Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, Comité voor Studie en Wetgeving: Notarieel Congres, Dendermonde, 1997 = Examen critique de la réserve successorale: Fédération royale des notaires de Belgique, Comité d’études et de législation: Congrès notarial, Termonde, 1997, Fédération royale des notaires de Belgique (éd.), Bruxelles: Bruylant, 1997, Deel I (Rechtsvergelijking)/Tome I (Droit comparé)*, p. 367 ss.; S. LORENZ, “Internationaler Pflichtteilsschutz und Reaktionen des Erbstatuts auf lebzeitige Zuwendungen”, *Die Europäische Erbrechtsverordnung*,..., cit., p. 113 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 709 ss.

jurídico do foro atender ao disposto pela *lex familiae*. Com efeito, afigura-se-nos que esta deverá ser ponderada aquando da determinação dos deveres de solidariedade familiar que vinculam o *de cuius* a certos herdeiros – e cujo cumprimento não passa pelo necessário reconhecimento de uma quota indisponível, bastando, por exemplo, como acontece no Reino Unido, ao abrigo do *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* (entretanto modificado pelo *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014*, em vigor desde 1 de Outubro de 2014), que o cônjuge ou os descendentes possam obter da herança a *reasonable financial provision*²⁹ –, funcionando como importante elemento coadjuvante por ocasião da concretização da excepção de ordem pública internacional.

c) Em terceiro lugar, são de apontar os interesses estritamente estaduais. Na verdade, a necessidade de tutela dos interesses do Estado desde logo se compreende pela forte ligação do fenómeno sucessório à organização dominial e à actividade tributária do Estado. Assim, basta recordarrar que a questão da tributação constitui uma dimensão fundamental da chamada programação patrimonial (antecipação patrimonial) e que através da sucessão *mortis causa* se transmitem ou constituem direitos reais sobre as coisas situadas no território do Estado e a que convém, desde logo, dar publicidade através do registo³⁰.

d) Finalmente, refira-se a tutela da segurança do comércio jurídico local e das expectativas de terceiros (*v.g.*, o terceiro que adquire do administrador da herança, o terceiro que paga uma dívida ao administrador da herança ou o beneficiário de uma deixa inoficiosa).

Por outro lado, importa igualmente destacar, ainda que de um modo

29 – Para uma análise comparativa aprofundada da legítima e da *family provision*, cf. M. TRULSEN, *Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004; L. WOLFF, *Pflichtteilsrecht, Forced heirship, Family Provision: Österreich, Louisiana, Schweiz, England und Wales; ein Rechtsvergleich*, Frankfurt am Main... [etc.]: Lang, 2011.

Seja como for, se a mera diferença quanto ao montante da quota legítima tem sido tomada como insuficiente entre nós para justificar o afastamento da lei estrangeira competente [*v.g.*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Junho de 2013 (Processo 832/07.9TBVVD.L2.S2)], têm os nossos tribunais acolhido o entendimento segundo o qual uma lei desconhecida da legítima deverá ser considerada contrária à ordem pública internacional portuguesa [cf. o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Maio de 1992; do mesmo modo, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de Outubro de 2008 (Processo 07B4545), e partindo igualmente da convicção segunda a qual a sucessão legítima constitui um reduto inalienável do nosso sistema jurídico, decidiu-se que, na medida da legítima, não poderia produzir efeitos em Portugal um acordo de vontades entre marido e mulher portugueses, celebrado no Luxemburgo, país onde tinham residência habitual, de acordo com a leis deste país, nos termos do qual à morte de um deles o outro seria o herdeiro de todos os seus bens].

Aliás, no sentido da procedência da excepção de ordem pública internacional, agora em sede de reconhecimento de sentenças estrangeiras, e não havendo *in casu* até, de acordo com a lei portuguesa, herdeiros forçosos, o Supremo Tribunal de Justiça sustentou igualmente que o reconhecimento de uma decisão de um tribunal brasileiro em que se considera o membro sobrevivente de união-de-facto registada, mantida com cidadão português residente no Brasil, como herdeira universal, e ao afastar a 3.ª classe de sucessíveis, prevista na alínea c) do n. 1 do artigo 2133.º, conduziria a um resultado manifestamente incompatível com a protecção dos laços familiares, logo, com os valores fundamentais do ordenamento jurídico português [Acórdão de 15 de Janeiro de 2015 (Processo 317/11.9YRLSB.S1)].

30 – Deixando de lado os aspectos fiscais [excluídos desde logo, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, do âmbito de aplicação *ratione materiae* do Regulamento (UE) n.º 650/2012], e concentrando-nos no direito das coisas, a preponderância dos referidos interesses revela-se, desde logo, e para além do facto de a *lex rei sitae* ser a competente, de acordo com a generalidade dos sistemas conflituais, para fixar o regime da posse, da propriedade e dos demais direitos reais (por exemplo, o artigo 46.º), nos inúmeros casos, alguns deles a que aludiremos (tanto no direito de conflitos interno como no sistema erigido no Regulamento europeu), em que a *lex successionis* é constrangida por força do funcionamento do estatuto real ou, de qualquer forma, em que é assegurado o cumprimento dos regimes especiais previstos pela lei da situação dos imóveis, das empresas ou de outro certo tipo de bens (por exemplo, as participações sociais) e que se considerem aplicáveis independentemente da lei reguladora da sucessão (cf. o artigo 30.º do Regulamento).

perfeitamente perfunctório, os problemas que mais frequentemente se suscitam na experiência das sucessões internacionais, se bem que alguns deles não sejam até específicos das transmissões *mortis causa* ou não adquiram particulares matizes na sucessão testamentária.

a) A determinação do conteúdo dos regimes materiais sucessórios estrangeiros constitui uma das principais dificuldades práticas, conquanto, na verdade, a questão não assumia particular especificidade no contexto geral do problema da condição do direito estrangeiro e da averiguação do seu conteúdo, tanto mais que defendermos que os notários e os conservadores de registo deverão encontrar-se nesta matéria sujeitos às mesmas regras dispostas para os tribunais.

Seja como for, este entendimento, maioritariamente sufragado por aquela que, face ao disposto nos artigos 348.º e 23.º do Código Civil português, consideramos ser a melhor doutrina, sofreu recentemente um significativo revés, ao determinar-se no artigo 43.º-A do Código de Registo Predial, aditado pelo Decreto-lei n.º 125/2013, de 30 de Agosto, que, quando a viabilidade do pedido de registo deva ser apreciada com base em direito estrangeiro, deverá o interessado fazer prova, mediante documento idóneo, do respectivo conteúdo³¹.

b) Por outro lado, também raras vezes a determinação dos regimes conflituais estrangeiros se revela uma tarefa fácil, havendo ainda que contar com o provável surgimento de conflitos de sistemas de direito internacional privado (reenvio, princípio da maior proximidade, direitos adquiridos e questões prévias), problemas que nascem da diferença das regras de conflitos de leis internas e que apenas com a sua uniformização tenderão a amenizar-se.

c) Em terceiro lugar, a incerteza sobre a existência de disposições testamentárias pode constituir um significativo embaraço no momento da abertura de uma sucessão, uma vez que um testamento não encontrado equivale, afinal, a um testamento inexistente.

Contudo, a existência de um registo central de testamentos tende a obviar a tal problema, sendo até de sublinhar que, através de instrumentos bilaterais ou multilaterais – por exemplo, a **Convenção europeia sobre o estabelecimento de um sistema de inscrição dos testamentos**, a que já antes aludimos –, os Estados têm buscado a institucionalização de mecanismos de cooperação jurídica interestadual tendentes

31 – Vide, sobre esta questão, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 427 ss.; I. de MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado*, v. II (Lições ao 5º ano jurídico de 1958-1959), Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1959, p. 448 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 246 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, "A aplicação do direito estrangeiro", *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60 (2000), p. 659 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, v. I (Introdução e Direito de Conflitos. Parte Geral), 3.ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2014, p. 648 ss.; e, na literatura recente, A. FIGUEIREDO PATRÃO, "Poderes e deveres de cognição do notário e conservador na cognição de direito estrangeiro", *Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2 (2014), p. 9 ss.

a garantir no contexto das relações internacionais a obtenção de informações sobre a existência e conteúdo de disposições por morte.

No contexto europeu, a ARERT (*Associaton du Réseau Européen des Registres Testamentaires*) tem desenvolvido esforços no sentido da divulgação de um mecanismo que possibilite a interconexão informática dos registos de testamentos nacionais, conquanto, na verdade, o Regulamento (UE) n.º 650/2012 não tenha previsto tal sistema de informação com o qual o regime europeu se vaticinou, ainda que através de um acto adicional, deveria ser provido³².

d) Por outro lado, é comum que se coloquem com particular acuidade questões relativas à validade e eficácia das disposições por morte, aqui radicando desde logo a tradicional tensão entre a autonomia do *de cuius* e a protecção da família legítima, mormente através da legítima.

Com efeito, é de todos sobejamente conhecido o facto de imperar em muitos ordenamentos jurídicos um *favor testamenti*, que decorre tanto de uma aplicação alternativa de leis no âmbito da forma externa dos actos de disposição *mortis causa* [cf. o artigo 65.º do Código Civil português e os artigos 27.º e 28.º do Regulamento (EU) n.º 650/2012] como do *favor negotii* a que, no âmbito da substância dos negócios jurídicos que se integram no estatuto pessoal, a igual legitimidade da *lex patriae* e da *lex domicilii* conduz (*vide* os artigos 25.º e 31.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil português ou, embora supondo a existência de uma *electio iuris*, e apenas em matéria sucessória, o artigo 24.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012].

Pelo contrário, o problema da legítima e a eventual redução por inoficiosidade das doações e deixas testamentárias suscitam nas relações internacionais perplexidades manifestas. E isto porque existem ordenamentos jurídicos onde a redução por inoficiosidade das deixas testamentárias e das doações, sobretudo se feita *in natura* (cf., no direito português, o artigo 2168.º, ss.), é insustentável do ponto de vista da segurança das transacções, desde logo, por exemplo quanto aos bens dos *trusts* constituídos por

32 – Sobre esta questão, *vide* C. BALDUS/L. KUNZ, “Das Europäische Testamentsregister: Sachstand und ausgewählte Fragen”, *Kollisionsrecht in der Europäischen Union...*, cit., p. 165 ss.; S. BOSA, “Verso l’introduzione del registro europeo dei testamenti: questioni e prospettive”, *Europa e diritto privato*, 2010, p. 1195 ss.

De acordo com o direito português, para além dos livros de notas e de registo (artigo 7.º e ss., Código do Notariado), devem existir em cada cartório índices de outorgantes, através de um sistema de fichas ou de verbetes onomásticos, bem como um índice privativo de testamentos e de todos os actos que lhes respeitem, de forma a garantir a confidencialidade de tais actos (artigo 25.º, n.ºs 1 e 2, Código do Notariado).

Por outro lado, segundo o artigo 187.º, n.º 1, do Código do Notariado, os notários devem remeter à Conservatória dos Registos Centrais, por via electrónica, informação com a identificação dos testamentos públicos, instrumentos de aprovação, depósito ou abertura de testamentos cerrados e de testamentos internacionais, escrituras de revogação de testamentos e escrituras de renúncia ou repúdio de herança ou legado que hajam sido lavrados no mês anterior, bem como a identificação dos respectivos testadores ou outorgantes. Acresce ainda que, nos termos do artigo 188.º, n.º 1, do mesmo Diploma, na Conservatória dos Registos Centrais existirá um índice geral de testamentos, escrituras de revogação destes e de renúncia e repúdio de herança ou legado, organizado por ordem alfabética dos nomes dos testadores e outorgantes, com base nas comunicações dos notários, índice que, de acordo com o n.º 2, do artigo 188.º, na versão dada pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, deve ser organizado em suporte informático, nos termos a fixar por despacho do presidente do Instituto dos Registos e do Notariado, I. P.

testamento. Assim, tal possibilidade é afastada, por exemplo, pelos ordenamento inglês (*clawback*), que igualmente desconhece a legítima, conquanto, na verdade, e o mesmo acontece em caso de divórcio, apesar de pelo casamento não se instituir propriamente um regime de bens, se prevejam na abertura da sucessão *reasonable financial provisions*, tanto para os filhos como para o cônjuge supérstite e que tenderá a receber mais ou menos o correspondente ao que receberia caso o casamento se tivesse dissolvido por divórcio³³.

No que respeita à liberdade de disposição a título gratuito, e como já antes apontámos, é desde logo muito discutível que por si só a ausência de legítima se considere lesiva dos valores fundamentais que integram a excepção de ordem pública internacional portuguesa, tanto mais que em concreto o *officium pietatis* – e onde histórica e materialmente é comum discernir o fundamento da sucessão legítimária – pode não se encontrar inteiramente comprometido pela inexistência de uma quota indisponível. De resto, e como alguma doutrina vem aventando, e para além do preenchimento dos pressupostos gerais da ordem pública internacional, não é seguro que a resposta a este problema deva ser dada independentemente da solução que decorra da *lex familiae*.

e) Refira-se, em quinto lugar, o debate travado à volta da possibilidade (e conveniência) de se efectuar internamente a partilha dos bens (*maxime* imóveis) situados no estrangeiro.

Esta constitui, na verdade, uma questão classicamente discutida a propósito dos critérios de atribuição de competência internacional aos tribunais portugueses e que, afinal, radica no problema de saber se o princípio unitário vigente entre nós deverá ceder face à insusceptibilidade de uma decisão das autoridades públicas internas ou de um acto de partilha cá praticado poderem ser reconhecidos no país da localização dos bens imóveis.

Neste contexto, por exemplo, refira-se que, no direito brasileiro, face ao teor claro do 89.º do Código de Processo Civil³⁴, e apesar da vigência da regra geral da submissão de toda a sucessão a uma lei única³⁵, nem sequer são trazidos à colação os imóveis localizados no estrangeiro, não podendo um dos herdeiros, ainda que demonstre a existência do bem no exterior e partilhado ao arripio da lei brasileira, promover a compensação na partilha³⁶. Paralelamente, aceita-se o princípio segundo o qual, em matéria sucessória, os tribunais brasileiros não poderão cuidar dos bens sitos no exterior.

33 – Vide *supra*, notas 28 e 29, e texto correspondente.

34 – O referido artigo estatui que “compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I- conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II- proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

35 – O artigo 10.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro dispõe que “a sucessão por morte (ou por ausência) é regida pela lei do país do domicílio em que era domiciliado o defunto (ou o desaparecido), qualquer que seja a natureza e situação dos bens”. Todavia, de acordo com artigo 10.º, § 1.º, na redacção dada pela Lei 9.047/1995, “a sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhe seja mais favorável a lei pessoal [*lex domicilii*] do falecido”, solução que tem até expressa consagração constitucional (cf. 5.º, XXXI, Constituição Federal).

36 – Cf. N. ARAÚJO, *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 416; cf. tb p 220.

Por conseguinte, no Brasil, o dogma da universalidade da herança decaí claramente no contexto da regulamentação das situações privadas internacionais face, afinal, a um “princípio de pluralidade de juízos sucessórios”.

Ao invés, no direito português, não há uma competência exclusiva dos nossos tribunais para inventário e partilha de bens situados em Portugal, uma vez que tal hipótese não está abrangida no conceito de acções relativas a matéria de direitos reais sobre bens imóveis (artigo. 63.º, *al. a*), Código de Processo Civil)³⁷, nada impedindo, por isso, que entre nós seja reconhecida uma decisão brasileira que haja efectuado a partilha relativamente a bens, móveis ou imóveis, localizados no território português³⁸. Por outro lado, a aceitação do princípio da universalidade da sucessão (artigo 62.º) leva a que, em princípio, se possa fazer em Portugal, por aplicação da *lex patriae*, inventário e partilha de todo o património que integra a herança jacente, independentemente do país da situação dos bens. Para isso, basta que os nossos tribunais se considerem competentes ao abrigo de um qualquer dos critérios atributivos de competência internacional reconhecidos no artigo 62.º do Código de Processo Civil (e atendendo também às soluções relativas à competência territorial interna acolhidas no artigo 3.º, n.ºs 5, 6 e 7, do Regime jurídico do processo de inventário, aprovado pela Lei 23/2013, de 5 de Março). Assim, escreve JOÃO LOPES CARDOSO³⁹, “...a conclusão firmada (a de que devem relacionar-se e descrever-se no inventário em Portugal todos os bens que pertenciam ao inventariado, qualquer que seja o país da sua situação) é a única consentânea com as regras dos arts. 25.º e 62.º e com o princípio da universalidade”⁴⁰.

37 – Por exemplo, no acórdão da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2007 (Processo 0722005), lembra-se que, “na acção destinada à partilha de bens deixados pelo inventariado, visando o termo da comunhão hereditária, não há qualquer disputa envolvendo direitos reais sobre determinada(s) coisa(s)”. E, no acórdão da Relação de Coimbra, de 24 de Maio de 2011 [Processo 834/07.5TMBRG.C1], aludindo-se à jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à interpretação de conceito homólogo usado nos instrumentos europeus, designadamente no Regulamento Bruxelas I, escreve-se: “Limitando-se a partilha subsequente ao divórcio, a operar a convolução de um direito unitário e global sobre uma parte de um universo de bens (que integram a comunhão conjugal), para direitos concretos e individualizados, deverá entender-se, relativamente aos bens imóveis integrados no seu objecto, que está excluída da reserva de competência exclusiva prevista na alínea a) do artigo 65.º-A do CPC”.

No mesmo sentido, cf. ainda o acórdão da Relação de Coimbra, de 2 de Outubro de 2009 (partilha por morte) [Processo 137/09.0YRCBR]; o acórdão da Relação de Lisboa, de 8 de Março de 2007 (partilha de bens em acção de divórcio proferido na Suíça) [Processo 9936/2006-6]; o acórdão da Relação de Coimbra, de 3 de Março de 2009 (partilha em acção de divórcio) [Processo 37/07.1YRCBR]; e os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Janeiro de 2005 (partilha de bens na acção de divórcio consensual do direito brasileiro) [Processo 04B3808], de 21 de Setembro de 2006 (revisão de sentença estrangeira de divórcio onde se decidiu igualmente o destino da casa comum) [Processo 06P2283], de 12 de Julho de 2011 (reconhecimento de decisão de divórcio estrangeira que integrava partilha dos bens comuns do casal) [Processo 987/10.5YRLS.B.S1] e de 16 de Outubro de 2012 (partilha de bens na acção de divórcio) [Processo 991/10.3BTBVD-B.L1.S1].

38 – Vide, por exemplo, o acórdão da Relação de Coimbra, de 18 de Fevereiro de 1997 (*Colectânea de Jurisprudência*, 1997-II, p. 5).

39 – *Partilhas Judiciais*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 1990, v. I, p. 462. Também para L. de LIMA PINHEIRO (*Direito Internacional Privado*, v. II, cit., p. 547 s.), “segundo o melhor entendimento (PALMA CARLOS e LOPES CARDOSO), os tribunais portugueses são competentes para a partilha de bens situados no estrangeiro, independentemente da eficácia que seja reconhecida à decisão no Estado da situação dos bens” [ver mais detidamente, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, 2.ª ed., v. III (Competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras), Coimbra: Almedina, 2012, p. 22 ss.].

40 – Assim, no referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Outubro de 2012, reafirma-se: “o princípio da unidade e universalidade da partilha impõe que, em processo de inventário, todos os bens devam ser considerados na partilha, sejam situados em território nacional ou sejam situados no estrangeiro”. E, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 21 de Março de 1985, embora com votos de vencido (invocando a falta de acordo internacional que garantisse eficácia da partilha relativamente aos bens situados no estrangeiro), lia-se: “no inventário instaurado em Portugal devem ser descritos os bens do falecido situados no Brasil, cujo valor, desde que comprovado no processo, será considerado para cálculo da legítima. Esse valor tanto pode resultar de avaliação obtida por carta rogatória, como ser conseguido de outro modo, designadamente por certidão do inventário instaurado no estrangeiro, dela comprovativo” (*Boletim do Ministério da Justiça [BMJ]*, 345 (1985), p. 355). Igualmente decidindo que os bens situados no estrangeiro

f) A relevância interna (reconhecimento e eficácia) dos actos de partilha realizados no estrangeiro suscita igualmente problemas vários, tanto mais que, como é sabido, o regime do reconhecimento dos actos praticados no estrangeiro e a produção dos seus efeitos jurídicos dependem internamente, desde logo, da natureza jurídica do concreto facto em causa.

Com efeito, a eficácia (*lato sensu*) de um negócio jurídico decorre entre nós exclusivamente do direito de conflitos; pelo contrário, o reconhecimento e execução de uma sentença, ou de um acto equiparado, resultam da aplicação do regime comum – nomeadamente, a acção de revisão e confirmação de sentença estrangeira constante do artigo 978.º ss. do Código de Processo Civil português⁴¹ – ou de algum regime especial relativo ao reconhecimento de actos jurisdicionais estrangeiros (cf. o artigo 39.º ss. do Regulamento (UE) n.º 650/2012⁴²), embora tal ocorra, uma vez filiados em sistemas de reconhecimento caracteristicamente deliberatórios, independentemente do direito de conflitos, ou seja, sem que se controle a lei que haja sido aplicada na decisão (ou acto equiparado) revidenda (revidendo).

deverão ser descritos e partilhados no inventário instaurado no nosso país, *vide* ainda o acórdão da Relação do Porto, de 11 de Setembro de 2007 [Processo 0722005] e o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Junho de 1998 [Processo 98B327]. E igual atitude tem sido defendida em inventário para separação de meações, na sequência de um divórcio (por exemplo, o acórdão da Relação de Évora, 12 de Março de 2009 [Processo 208-A/1999.E1]).

Todavia, e por razões que se prendem com a falta de efectividade que poderia macular as sentenças portuguesas, mas também com as dificuldades de realização de diligências periciais no estrangeiro, alguma doutrina (v.g., Alberto dos Reis) e jurisprudência (cf. já o acórdão da Relação de Coimbra de 8 de Março de 1968, e o acórdão da Relação de Lisboa de 1 de Fevereiro de 1983) têm recusado inventariar e partilhar bens situados no estrangeiro, por falta de competência internacional.

Aliás, ao aceitar que sejam exceptuados do inventário cá instaurado os bens que o *de cuius* possua além-fronteiras (já no acórdão da Relação do Porto de 11 de Outubro de 1947 se escrevia: “são impertinentes no inventário português os documentos extraídos do inventário brasileiro referentes ao montante da fortuna do inventariado no Brasil”), a jurisprudência tem amiúde convocado a inexistência de um instrumento que impeça a relatividade espacial das nossas decisões, ou seja, sempre que no país da situação dos bens não seja reconhecida a validade e eficácia da partilha que ocorra em Portugal (por exemplo, o acórdão da Relação do Porto, de 11 de Abril de 1978; o acórdão da Relação do Porto, de 25 de Outubro de 1994, o acórdão da Relação de Lisboa, de 1 de Julho de 1980; o acórdão da Relação de Coimbra, de 13 de Maio de 2008 [divórcio]), conquanto, na verdade, tal argumento haja já sido, por diversas vezes, afastado pela nossa instância superior (no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Outubro de 2012, escreve-se: “na valoração do legislador, o problema do reconhecimento da sentença no Estado da situação dos bens não justifica qualquer desvio às soluções consagradas pelo direito de conflitos português, e muito menos justificará a incompetência dos tribunais portugueses”).

Finalmente, uma solução intermédia tem consistido na consideração dos bens situados no estrangeiro para efeitos de cálculo da legítima. Conforme o acórdão da Relação de Coimbra, de 8 de Março de 1968, “se tiver havido partilha noutra parte dos bens aí localizados, preterindo-se algum herdeiro, deve-se indicar no inventário que corre termos em Portugal, o valor dos bens partilhados no estrangeiro para se achar o valor da herança já partilhada em parte e a partilhar no restante, embora a parte já partilhada não possa ser objecto de outra partilha, para se determinar, com precisão, o valor de cada legítima”. Assim, embora os bens situados no estrangeiro não sejam relacionados e partilhados, acabou por admitir-se pelo menos que o seu valor fosse tomado em conta para cálculo da legítima, seguindo uma orientação aventada pelos professores Barbosa de Magalhães, Tabora Ferreira e Antunes Varela.

41 – Para uma apreciação detida do regime de reconhecimento e execução das decisões estrangeiras de acordo com as soluções consagradas no Código de Processo Civil, embora nem sempre tendo já em vista a sua redacção actual, cf., A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 476 ss.; *IDEM*, “Quelques réflexions sur le système portugais concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale”, *Droit international et droit communautaire: actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990*, Paris: Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, 1991, p. 135 ss.; R. MOURA RAMOS, “A permanência do direito processual civil internacional português: competência internacional dos tribunais portugueses e reconhecimento das sentenças estrangeiras no tempo de Machado Villela e no Código de Processo Civil actual”, *Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora (1920-1995)*, Antunes Varela... [et al.] (org.) Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 884 ss.; *IDEM*, “O direito processual civil internacional no novo Código de Processo Civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência [RLJ]*, ano 143.º (2013-2014), p. 97 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, “Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)”, *Aspectos do novo processo civil*, António Marques dos Santos... [et al.], Lisboa: Lex, 1997, p. 105 ss.; M. TEIXEIRA SOUSA, “A competência exclusiva dos tribunais portugueses e o reconhecimento de sentenças estrangeiras (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.1.2005, Rec. 3808/04)”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 16 (2006), p. 15 ss.; e L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. III, cit., p. 477 ss.

42 – *Vide supra*, nota 25.

Acresce ainda que, e ressalvado o disposto em contrário nas convenções internacionais ou nos regulamentos europeus que vigorem internamente e cujas soluções não nos é possível agora apresentar de um modo detido, se a execução propriamente dita das sentenças estrangeiras carece em Portugal da sua prévia revisão e confirmação (artigo 706.º, n.º 1, Código de Processo Civil), não existe, todavia, tal exigência para os títulos exarados no estrangeiro (artigo 706.º, n.º 2, Código de Processo Civil). Como explicava FERRER CORREIA⁴³, tal dualidade de regime fundamenta-se no facto de ao executado, quando a execução se funda num título exarado no estrangeiro, serem dadas maiores garantias – todas as garantias de um processo declaratório – para se poder defender. Na verdade, se à execução fundada em sentença estrangeira já revista e confirmada, como o executado já teve oportunidade de trazer a juízo as suas razões, apenas podem ser opostos os fundamentos previstos nos artigos 980.º e 983.º do Código de Processo Civil, o mesmo já não se passa na execução baseada noutros títulos. Aqui, para além dos fundamentos de oposição à execução baseada em sentença, podem ainda alegar-se quaisquer outros que seria lícito deduzir como defesa no processo de declaração (artigo 731.º, Código de Processo Civil).

Por outro lado, naquilo que diz respeito à possibilidade de os actos públicos estrangeiros, mormente os não jurisdicionais, constituírem título de registo – e ao contrário daquilo que acontece com os actos não jurisdicionais em matéria de registo civil, como é o caso do casamento, que não carecem de qualquer revisão para titularem o registo, por força do artigo 6.º do Código de Registo Civil –, no registo predial e comercial, face à existência de norma que disponha noutro sentido, tem-se entendido que o registo de um acto estrangeiro deverá ser precedido da prévia revisão e confirmação para que assim possa titular o registo e ter força executiva, aplicando-se para o efeito, e de acordo com LUÍS DE LIMA PINHEIRO, e por analogia, o regime estatuído no artigo 978 ss. do Código de Processo Civil⁴⁴.

Seja, como for, o Regulamento (UE) n.º 650/2012 traz nesta matéria precisões importantes, desde logo, no respeitante aos actos autênticos e às transacções judiciais – que não perdem a natureza transaccional ainda que revistam a forma de acto autêntico – e cujo reconhecimento decorre habitualmente do direito de conflitos.

Com efeito, e concluindo-se que o conceito de reconhecimento é nesta sede contestável – desnecessário e até inconveniente –, devendo valer exclusivamente para as decisões – uma vez que nos encontramos face a actos que não produzem, ao contrário das sentenças, o efeito de caso julgado, tanto mais que a intervenção pública não implica um efeito vincutivo quanto à validade e efeitos da ou das manifestações de vontade –, optou-se por afirmar no artigo 59.º (Aceitação dos actos autênticos) apenas

43 – *Lições de Direito Internacional Privado – Aditamentos – Do reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras*, Coimbra: [s.n.], 1973, p. 117 s.

44 – *Direito internacional privado*, v. III, cit., p. 546 ss.

que um acto autêntico exarado num Estado-membro terá noutro Estado vinculado ao Regulamento a mesma força probatória que tem no Estado de origem, ou efeitos o mais equiparáveis possível, desde que tal não seja manifestamente contrário à ordem pública do Estado-membro em causa. Por outro lado, o artigo 60.º (Executoriedade dos actos autênticos) sanciona o princípio segundo o qual os actos autênticos com força executória no Estado-membro de origem serão declarados executórios noutro Estado-membro a pedido de qualquer das partes interessadas, de acordo com o procedimento previsto para as decisões (logo, nos termos dos artigos 45.º a 58.º), um regime que, aliás, o artigo 61.º veio ainda estender às transacções judiciais⁴⁵.

g) No âmbito das sucessões internacionais, colocam-se frequentemente problemas práticos ligados à apresentação de documentos públicos estrangeiros, que muitas vezes, para além de traduzidos, terão de ser legalizados, de modo a que lhes seja reconhecida, desde logo, força probatória. Com efeito, e no tangente a este aspecto, impõe-se assegurar a autenticidade do documento, isto é, que este provém de uma autoridade competente de acordo com o direito do Estado de origem.

Na verdade, assim acontece no processo especial regulado no artigo 978.º ss. do Código de Processo Civil, uma vez que aí se exige, no leque dos requisitos necessários para a confirmação das sentenças estrangeiras, e tendo em vista a proscrição dos documentos falsos ou inexactos, a verificação do seu carácter autêntico [artigo 980.º, *alínea a*), Código de Processo Civil]. Aliás, como parece óbvio, a autenticidade do documento que incorpora a sentença será aferida de acordo com a lei do tribunal *a quo*, de acordo com o velho princípio *locus regit actum* (cf. o artigo 365.º, n.º 1).

Ora, tais princípios valem quanto à generalidade dos documentos públicos. Assim, por exemplo, se é verdade que a eficácia dos testamentos outorgados no estrangeiro, ou em conformidade com a lei estrangeira, deve depender do direito de conflitos e, por conseguinte, do cumprimento dos requisitos postos pelo ordenamento ou, no caso de diversidade entre o estatuto da sucessão, o estatuto da disposição ou o estatuto da forma das disposições por morte, pelos ordenamentos jurídicos cuja competência haja sido reconhecida pelas normas de conflitos de leis da *lex fori*, convém anda lembrar que a utilização de documentos exarados no estrangeiro poderá supor então a sua prévia legalização. Destarte, se os documentos não estiverem legalizados, nos termos da lei processual, e houver dúvidas acerca da sua autenticidade, poderá decorrer, por força do artigo 365.º, n.º 2, do Código Civil, e nos termos do artigo 440.º do Código de Processo Civil, a necessidade da sua legalização.

Isto, evidentemente, apenas na falta de instrumento convencional ou europeu que simplifique ou suprima a legalização dos actos públicos estrangeiros. Assim, acontece,

45 – *Vide supra*, nota 25.

por exemplo, no âmbito de aplicação da **Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961 relativa à supressão de exigência de legalização dos actos públicos estrangeiros**⁴⁶, texto a que o Brasil não se encontra vinculado, mas que entrou em vigor em Portugal em 4 de Fevereiro de 1969, sendo suficiente entre nós, por isso, a aposição de uma mera apostila. Ainda neste contexto, merece ser assinalado o artigo 74.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012, onde se estatui que não será exigida nem a legalização nem o cumprimento de formalidades análogas para os documentos emitidos por um Estado-membro no âmbito de funcionamento do Regulamento, na senda, aliás, do critério já antes acolhido no artigo 56.º do **Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I)**. Aliás, idêntica solução consta do artigo 61.º do Regulamento (EU) n.º 1215/2012, conquanto, todavia, a autenticidade do documento continue a constituir uma condição de reconhecimento ou de declaração de executoriedade das decisões estrangeiras ou dos instrumentos autênticos exarados no estrangeiro [cf. os artigos 37.º, n.º 1, *alínea a*), 42.º, n.º 1, *alínea a*), e n.º 2, *alínea a*), e 58.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012].

h) Por fim, e depois de havermos sugerido, ainda que superficialmente, algumas das intrincadas e múltiplas dimensões práticas que, embora nem sempre facilmente distinguíveis entre si, se podem dizer compor – afinal, num polifórmico e policromático *puzzle* – o amplo problema do valor dos actos jurídicos estrangeiros – ou seja, a questão da relevância jurídica interna dos factos que hajam ocorrido no estrangeiro, que hajam sido praticados por autoridades públicas estrangeiras e/ou cuja força jurígena decorra da aplicação de um ordenamento jurídico estrangeiro –, recordemos ainda o tema da administração dos bens integrados na herança jacente, matéria em que, na verdade, a **Convenção da Haia sobre a administração internacional de heranças** assumiu, como já antes referimos, um relevo modesto devido ao número diminuto dos Estados que se lhe encontram vinculados⁴⁷.

De qualquer forma, o problema da administração da herança é solucionado nos diversos Estados de acordo com modelos bastante diversos – assim, por exemplo, o

46 – Sobre esta convenção, vejam-se, por exemplo, M. FERID, “Die 9. Haager Konferenz”, *RabelsZ*, v. 27(1962).p. 411 ss.; P. ZABLUD, *The Operation of the Apostille Convention - Now and into the Future/Le fonctionnement de la Convention Apostille – maintenant et dans le futur*, [s.l.]: [s.n.], 2009; TH. J. VAN NES, “Novena sesión de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado y la Unión internacional de Notariado latino”, *Revista internacional de Notariado*, 1961, p. 125 ss.; “The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents” (Report of the Committee on the International Unification of Private Law, with Action by the Section of International Law and the House of Delegates, *The International Lawyer*, v. 9 (1975), p. 755 ss.; A. PANCHAUD, “La Neuvième session de la Conférence de La Haye de droit international privé. Légalisation des actes publics étrangers”, *ASDI*, v. XVII (1960), p. 9 ss.; G. PARRA-ARANGUREN, “Application of the 1961 Apostille Convention in Venezuelan Exequatur Proceedings”, *A Commitment to Private International Law...*, cit., p. 433 ss.

47 – Vide *supra* notas 14, 15 e o texto correspondente. Para um tratamento pormenorizado da matéria, e com amplas considerações comparativas, para além das indicações bibliográficas contidas nas referidas notas, bem como na nota 21, cf. M. GORÉ, *L'administration des successions...*, cit., passim; F. BOULANGER, *Droit international des successions...*, cit., p. 151 ss.; *Prontuario básico de derecho sucesorio internacional...*, cit., p. 53 ss.; R. HAUSMANN, “Zur Anerkennung der Befugnisse eines englischen administrator in Verfahren vor deutschen Gerichten”, *Festschrift für Andreas Heldrich...*, cit., p. 649 ss.; G. DROZ, “Saisine héréditaire et administration de la succession...”, cit., p. 183 ss.; H. PETITJEAN, *op. cit.*, pp. 37 ss., 146 ss.; e ainda, embora referindo-se mais especificamente ao executor testamentário, A. NECKER, *op. cit.*, pp. 53 ss., 67 ss.

administrador da herança previsto no artigo 2079.º ss. do Código Civil português aparta-se substancialmente do *personal representative*, que, nas jurisdições do *common law* (e na Áustria), e ainda que designado no testamento, tem de ser confirmado judicialmente, designadamente, no caso anglosaxónico, pelo *surrogate court*, que, mediante a *grant of administration*, o aprova para que ele possa administrar o património hereditário – e assume uma inquestionável importância, uma vez que aqui radica, *inter alia*, a questão da determinação da legitimidade do administrador da herança, o que se pode revelar de fundamental importância tanto para a protecção da massa hereditária – logo, das expectativas dos próprios herdeiros – como para a salvaguarda dos interesses dos terceiros-contratantes.

3. Delimitação do objeto da exposição e razão de ordem: reconhecimento e eficácia (execução) de testamentos estrangeiros (realizados no estrangeiro ou submetidos ao direito estrangeiro)

Como é óbvio, não nos dedicaremos de seguida à análise deste mar imenso de problemas, circunscrevendo-nos antes à sucessão testamentária. Na verdade, e mais especificamente, referir-nos-emos somente, do ponto de vista do direito internacional privado que vigora em Portugal ou que em breve passará a vincular-nos, por força da entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 650/2012, aos requisitos de que depende a validade e eficácia dos testamentos, pelo que não mencionaremos especificamente os problemas já indicados e relativos quer à partilha em Portugal de bens situados no estrangeiro quer à partilha realizada no estrangeiro de bens sitos em Portugal. E, da mesma forma que não consideraremos a eficácia em Portugal das partilhas que decorram no estrangeiro, não tratando, por exemplo, da eficácia dos actos notariais de partilha ou das partilhas judiciais, omitiremos igualmente a questão do reconhecimento das decisões estrangeiras que versem sobre a existência, validade ou eficácia das disposições testamentárias.

Por seu turno, é evidente que teremos em vista fundamentalmente os testamentos exarados no estrangeiro, embora nada impeça que testamentos feitos em Portugal suscitem – tendo em vista a nacionalidade estrangeira ou a residência no estrangeiro do *de cuius* ou até a localização fora do território português de alguns ou de todos os bens que integram a massa da herança – concursos de normas no espaço e, por isso mesmo, problemas relevantes do ponto de vista do direito internacional privado, designadamente, problemas de escolha de lei.

II

A sucessão testamentária no direito internacional privado português e europeu

4. A validade e eficácia dos testamentos estrangeiros (*lato sensu*)

e o direito de conflitos: caracterização geral do regime conflitual sucessório contido no Código Civil português e principais modificações introduzidas pelo Regulamento (UE) n.º 650/2012)

A validade e a eficácia dos testamentos estrangeiros estão dependentes, no seio dos sistemas fiéis ao princípio da bilateralidade das normas de conflitos, e à semelhança daquilo que acontece com qualquer negócio jurídico, do cumprimento dos requisitos estabelecidos pela lei competente (*a lex causae*). Sendo assim, o seu reconhecimento decorre fundamentalmente do direito de conflitos, conquanto nada impeça, excepcionalmente, como mais tarde diremos, que nos deparemos com normas de aplicação necessária e imediata ou até com normas de direito internacional privado material (v.g., o artigo 2223.^o⁴⁸).

Por isso, procuraremos apontar as soluções conflituais constantes do Código Civil português e faremos, sempre que se entenda necessário, menção às alterações implicadas nesta matéria pela entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 650/2012.

Se quisermos caracterizar em termos muito gerais o regime conflitual sucessório contido no Código Civil português, devemos desde logo acentuar a sua fidelidade ao pensamento segundo o qual as sucessões por morte se integram no estatuto pessoal – afirmando-se assim claramente a proeminência dos interesses do *de cuius* e da sua família – e que este deve ser regido *prima facie* pela lei da nacionalidade (cf. os artigos 25.º e 31.º, n.º 1).

Ora, desde logo aqui, e por razões de fundo que não nos é possível por enquanto explicitar, o regime conflitual contido no Regulamento (UE) n.º 650/2012 é bem diverso: deixando por agora de parte as soluções particulares que valem no âmbito da sucessão voluntária (testamentária ou contratual), a regra geral consagrada no regime europeu consiste na submissão da sucessão à lei do Estado onde o *de cuius* tinha a sua residência

48 – Afirmando que tal disposição constitui uma norma de direito internacional privado material, cf. A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 158; R. MOURA RAMOS, “Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: Avancement ou recul?”, *Documentação e Direito Comparado* n.ºs 73-74 (1998), p. 101 s.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 80; J. GOMES DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 131 ss.

De qualquer forma, se alguma doutrina defende estarmos na presença de uma norma material especial que se encontra dependente do sistema de direito de conflitos geral, afirmando-se mesmo não se tratar sequer de uma cláusula especial de ordem pública – o que significa que ela deverá deixar de se aplicar a partir da entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 650/2012 (assim, L. de LIMA PINHEIRO, *ibidem*) –, outros autores têm afirmado encontrarmo-nos aqui face a uma norma de aplicação necessária e imediata [*vide*, no sentido desta classificação, A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma teoria geral*, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, v. II, pp. 820, nota 2641, 927 ss.; *IDEM*, *Direito Internacional Privado*, I volume (Introdução), Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 33, 263 s.]. Se assim for, será possível continuar a mobilizá-la, apesar do novo regime europeu das sucessões internacionais, ainda que eventualmente – atendendo à inexistência de uma norma no Regulamento que permita a relevância de tais normas imperativas do ordenamento do foro que definem o seu âmbito de aplicação no espaço, sobrepondo-se às regras de conflitos, e caso se interprete tal silêncio como a sua proscrição –, apenas através da exceção de ordem pública internacional.

Ainda sobre o art. 2223.^o, *vide*, também, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 451; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 236 s.; GUILHERME DE OLIVEIRA, “Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 1992”, RLJ, ano 125.^o (1992-1993), p. 309 ss.

habitual no momento da morte (artigo 21.º, n.º 1)⁴⁹, salvo se, e nos termos do n.º 2, a título excepcional, resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, nesse momento, ele tinha uma relação manifestamente mais estreita com um outro Estado (cláusula de exceção)⁵⁰. Por outro lado, e com claro prejuízo para a sucessão legítima, reconhece-se a *electio iuris*, embora com contornos limitados, uma vez que o autor da herança poderá escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento da morte, devendo tal escolha ser feita expressamente numa declaração que revista a forma de uma disposição mortis causa ou resultar dos termos dessa disposição – também nos termos do artigo 22.º, preceitua-se ainda que a validade material de tal *optio legis* será apreciada pela lei escolhida e que qualquer alteração ou a revogação da escolha da lei deverá preencher os requisitos formais aplicáveis à alteração ou à revogação de uma disposição por morte⁵¹. Acresce ainda que, em caso de concurso positivo de nacionalidades, o *de cuius* poderá optar pelo ordenamento jurídico de qualquer um dos Estados de que seja nacional no momento em que exerce tal faculdade, solução que não nos merece qualquer surpresa –

49 – Embora o Regulamento não defina aquilo que haverá de ser entendido por residência habitual, o seu *Considerando* 24 dá-nos uma ideia clara dos termos em que se deverá operar a difícil concretização de tal conceito, sendo provável que se conserve a interpretação que tal noção ganhou na jurisprudência do Tribunal de Justiça, ou seja, que continue a ser entendida enquanto “local onde o interessado fixou, com a vontade de lhe conferir um carácter estável, o centro permanente ou habitual dos seus interesses” [por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 15 de Setembro de 1994, proc. C-452/93 P, *Pedro Magdalena Fernández contra Comissão das Comunidades Europeias (Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça, 1994, I-4295 ss., esp. § 22)*].

Sobre a posição assumida no Regulamento (UE) n.º 650/2012 relativamente ao dilema nacionalidade *versus* residência habitual, e apreciando detidamente as vantagens e desvantagens da prevalência desta, cf. A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., p. 304 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 283 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1121 s.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 148 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, *Europäische Erbrechtsverordnung: (2012/650/EU vom 4. Juli 2012)*, cit., p. 44 s.; D. SOLOMON, “Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)”, *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 21 ss.; G. KHAIRALLAH, “La détermination de la loi applicable à la succession”, *Droit européen des successions internationales...*, cit., p. 49 ss.; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, cit., p. 90 ss.; A. DUTTA, “The Europeanisation...”, cit., p. 347 ss.; M. GREESE, *op. cit.*, p. 75 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 698 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 86 ss.; P. KINDLER, “Vom Staatsangehörigkeits- zum Domicilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union”, *IPRax*, v. 30 (2010), p. 44 ss.; *IDEM*, “From Nationality to Habitual Residence: Some Brief Remarks on the Future EU Regulation on International Successions and Wills”, *Convergence and Divergence in Private International Law...*, cit., p. 251 ss.; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 42 ss.

50 – Sobre a cláusula de exceção consagrada no Regulamento (UE) n.º 650/2012, veja-se: C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, cit., p. 45 s.; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012...”, cit., p. 94 ss.; D. SOLOMON, *op. cit.*, p. 34 ss.; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., p. 305 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 290 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1122; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 159 ss.; M. GREESE, *op. cit.*, p. 146 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 700 s.; G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, p. 52 s.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 87 s.; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 51 ss.

51 – Para uma análise mais detida da consagração do princípio da autonomia da vontade no respeitante à determinação da *lex successionis*, para além dos elementos referidos *supra*, nota 17, e que se referem também especificamente a este aspecto, *vide* ainda, embora nem sempre tendo já em vista o texto final do Regulamento: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, María Paz García Rubio (coord.), Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 17 ss.; A. BONOMI, “Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2010 = Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nacioarteko Harremanen Ikastaroak 2010*, p. 241 ss.; *IDEM*, “Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l’empire du futur règlement européen?”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé, 2008-2010*, p. 263 ss.; *IDEM*, “Successions internationales: conflits de lois...”, cit., p. 208 ss.; C. CACH/A. WEBER, “Privatautonomie im Internationalen Erbrecht – Überlegungen zu Art 22 der Europäischen Erbrechtsverordnung”, *ZfRV*, v. 54 (2013), p. 263 ss.; A. WYSOCKA, “EU Succession Regulation: Choice of Applicable Law and Protection of Family Members”, *The Future of Family Property in Europe*, cit., p. 383 ss.; A. DAVÍ, “L’autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d’une future réglementation européenne”, *RDIPP*, v. XL (2004), p. 473 ss.; J. FONTANELLAS I MORELL, “La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones”, *REDI*, v. LXIII, n.º 2 (2011), p. 123 ss.; *IDEM*, “La *professio iuris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria”, *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, v. 20, n.º 2 (2011), p. 83 ss.; C. KOHLER, *L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, La Haye: Adi-Poche, 2013, p. 247 ss.

atendendo, desde logo, à orientação acolhida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia –, conquanto, na verdade, sempre se possa fazer o reparo quanto ao risco da sua não efectividade, ou seja, se acuse que a escolha poderá eventualmente recair, afinal, sobre a lei do Estado da nacionalidade com o qual o autor da herança nunca tenha tido uma qualquer ligação significativa.

Por outro lado, existe no Código Civil português um tratamento unitário da sucessão – com efeito, apenas nos termos o artigo 17.º, n.º 3, se assiste na matéria de que tratamos à relevância indirecta da *lex rei sitae*, ordenamento que, para além de ter de se considerar competente, deverá ser simultaneamente indicado pela *lex patriae* –, acompanhando-se assim, como é habitual referir-se, o princípio romanístico da universalidade⁵².

Tal *approche* unitária, ou seja, a unidade da sucessão no direito material e no direito de conflitos, corresponde desde logo à consciencialização dos inúmeros problemas a que o fraccionamento do fenómeno sucessório poderá levar. Verdadeiramente, o cerne da questão reside no facto de na transmissão *mortis causa* se entrecruzarem “pontos de vista” de distintas matérias jurídicas – designadamente, *inter alia*, do direito das pessoas e da família, do direito dos bens e do direito dos actos e negócios jurídicos –, perfilando-se, por isso, exigências diferenciadas que, para além de não deverem ser individualmente censuradas, acabarão muitas vezes por ser sopesadas de modo divergente. Ora, parece que é precisamente por isto que, no direito de conflitos, alguns Estados preferem determinar o estatuto sucessório com base na situação dos bens, que temos de atender às normas relativas aos negócios jurídicos no domínio das disposições por morte e que, finalmente, podem aparecer delicados problemas de coordenação de estatutos, ou seja, de compatibilização entre, por exemplo, a *lex successionis*, a *lex familiae* e a *lex rei sitae*.

Seja como for, apesar dessas diversas interferências e ponderações, continuamos a entender que as vantagens da unidade da sucessão ultrapassam largamente os seus inconvenientes, tanto porque se respeita desse modo um tratamento unitário que é igualmente concedido no plano do direito material como, sobretudo, se determina que a devolução de toda a herança se fará segundo as mesmas regras, evitando os problemas de repartição do passivo que maculam os sistemas de fraccionamento e que BAPTISTA MACHADO lembrava⁵³.

Na verdade, também no Regulamento (UE) n.º 650/2012 foi igualmente plasmado um sistema tendencialmente unitário (artigo 23.º, n.º 1)⁵⁴, sendo o âmbito de aplicação

52 – Nos termos do artigo 17.º, n.º 3, a aplicação da *lex rei sitae* no tangente aos bens imóveis, por força do princípio da maior proximidade, afastará o preceituado no artigo 17.º, n.º 2, conduzindo, em matéria sucessória, por conseguinte, ao provável chamamento de leis de diferentes Estados, regendo cada uma delas apenas a sucessão nos bens situados no respectivo território. Para mais esclarecimentos sobre o sentido desta norma, vide: A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 313 s.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 200; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 548 s.

53 – *Lições...*, cit., p. 435.

54 – Vejam-se, por exemplo, com plena demonstração dos casos em que a submissão de toda a sucessão a uma lei única acaba

da *lex successionis* – ou seja, da lei determinada nos termos dos artigos 21.º e 22.º – muito amplo, embora não devamos olvidar estarem previstos alguns casos em que outras leis, que não a *lex successionis*, acabam por ser tomadas em conta, designadamente, nos termos do preceituado no artigo 27.º (validade formal das disposições por morte feitas por escrito)⁵⁵, no artigo 28.º (validade quanto à forma da aceitação ou do repúdio)⁵⁶, no artigo 30.º (aplicação da *lex rei sitae*)⁵⁷, no artigo 32.º (comoriência)⁵⁸ e no artigo 33.º (direito de apropriação das heranças vagas)⁵⁹. Para além disso, tendo em vista as particularidades da vocação voluntária, ele contém normas de conflitos especiais relativas tanto à admissibilidade, validade material e vinculatividade dos pactos sucessórios (artigo 25.º)⁶⁰ e como a outras disposições voluntárias *mortis causa* (artigo 24.º)⁶¹, chegando o legislador europeu inclusivamente a autonomamente qualificar como integrando a matéria da validade material um conjunto variado de questões jurídicas, designadamente, a capacidade do autor da disposição por morte para a fazer, as causas concretas que o proíbem de dispor a favor de determinadas pessoas ou que impedem uma determinada pessoa de receber bens da sucessão do autor da disposição, a admissibilidade de representação na disposição *mortis causa*, a sua interpretação, a fraude, a coação, o

por decair no regime europeu, tanto no que diz respeito à unicidade da lei aplicável, como, agora noutro sentido, no que se refere ao paralelismo *forum-ius*, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 117; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, *cit.*, p. 696 ss.

55 – Para uma explicação cuidada do artigo 27.º, cf. A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 423 ss.; A. BONOMI/A. ÖZTÜRK, “Das Statut der Verfügung von Todes wegen (Art. 24 ff. EuErbVO)”, *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, *cit.*, p. 64 ss.; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, *Droit européen des successions internationales...*, *cit.*, p. 79 s.; B. BAREL, “La disciplina dei patti successori”, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, *cit.*, p. 133 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, *cit.*, p. 52 s.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1144; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 93 ss.; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 123 ss.

Seja como for, refira-se que as regras do Regulamento (UE) n.º 650/2012, nos termos do seu artigo 75.º, não afastam, nos Estados vinculados à Convenção da Haia de 1961, as soluções aqui sancionadas relativamente à forma dos testamentos e dos testamentos de mão comum (*vide supra*, nota 11). Porém, a Convenção da Haia não abrange os pactos sucessórios, razão pela qual, mesmo nos Estados em que ela vigora, o artigo 27.º do Regulamento encontra plena aplicação no âmbito da sucessão contratual (*vide*, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 235 ss.).

56 – Sobre o artigo 28.º, *vide*: A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 437 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 225 s.

57 – Tal preceito dispõe que, se a lei do Estado da localização de determinados bens imóveis, de determinadas empresas ou de outras categorias particulares de bens estabelecer regras especiais que, por razões económicas, familiares ou sociais, imponham restrições quanto à sucessão, ou a afetem no respeitante a esses bens, tais regimes especiais aplicar-se-ão à sucessão na medida em que sejam aplicáveis, segundo a lei daquele Estado, independentemente da *lex successionis*. Com efeito, aqui se pode perscrutar tanto a aceitação de uma conexão especial (*die Sonderanknüpfung*, construção, como é sabido, cara a WILHELM WENGLER) para certas normas de aplicação necessária como até laivos do princípio da maior proximidade (sobre este princípio, cf., entre nós, A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, *cit.*, p. 355 ss.).

No respeitante ao artigo 30.º, vejamos-se: A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 469 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 200 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, *cit.*, p. 48 s.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, *cit.*, p. 715; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, *cit.*, p. 83 s.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 96; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 176 ss.

58 – Para uma leitura crítica do artigo 32.º, *vide* A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 493 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1142; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 203 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 97; A. DAVÍ/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 183 s.

59 – Sobre o artigo 33.º, vejamos-se: A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 501 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1142; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 205 ss.; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, *cit.*, p. 84; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 98 s.; A. DAVÍ/ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 184 ss.

60 – No respeitante ao artigo 25.º, cf.: A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 315 ss.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 397 ss.; A. BONOMI/A. ÖZTÜRK, *op. cit.*, p. 58 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1142 s.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 230 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, *cit.*, p. 52; G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, p. 62 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, *cit.*, p. 718; B. BAREL, *op. cit.*, esp. p. 122 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 92 s.; A. FONT Y SEGURA, “La ley aplicable a los pactos sucesorios”, *InDret*, 2/2009, p. 1 ss.

61 – *Vide*: A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 314 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 375 ss.; A. BONOMI/A. ÖZTÜRK, *op. cit.*, p. 51 ss.; M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, *cit.*, p. 81 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 222 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, “Anwendbares Recht”, *cit.*, p. 52; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, *cit.*, p. 717 s.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 91 s.

erro e quaisquer outros aspectos que se prendam com o consentimento ou a vontade do autor da disposição (artigo 26.^º)⁶². Diga-se ainda que, de acordo com o artigo 26.^º, n.º 2, do Regulamento, e tendo em vista não raros casos de sucessão de estatutos, a alteração da lei competente não afectará a capacidade do disponente para alterar ou revogar uma disposição, desde que, no momento da sua feitura, e ao abrigo da lei aplicável nos termos dos artigos 24.^º ou 25.^º, ele tivesse capacidade para fazer tal disposição por morte (cf., no Código Civil português, o artigo 63.^º, n.º 2)⁶³.

5. O “estatuto da sucessão” e o “estatuto da disposição”

De acordo com o artigo 62.^º do Código Civil português, a sucessão *mortis causa* é regida pela lei pessoal do hereditando no momento da morte, critério solidamente defensável, uma vez que fazer corresponder a *lex successionis* à lei pessoal dos herdeiros traria inconvenientes assinaláveis, tanto porque estes poderão ter leis pessoais diferentes – e a sua contemporânea mobilização quebraria certamente a unidade de regulamentação da sucessão – como a qualidade de herdeiro decorre da aplicação do estatuto sucessório, o que nos faria incorrer num círculo vicioso. Por outro lado, o âmbito de aplicação da lei assim determinada é muito vasto, garantindo-se também desse modo o valor do tratamento unitário da sucessão e que já antes lembrámos.

a) Na verdade, a *lex successionis* rege, por princípio, todas as questões relativas à abertura, devolução, transmissão e partilha da herança, determinando, designadamente, os factos que originam a abertura da herança (*v.g.*, a morte, a morte civil, a entrada para o claustro), o âmbito da sucessão, designadamente os direitos transmissíveis *mortis causa* – embora aqui se deva atender ao estatuto real, pois deverá ser a *lex rei sitae* a dizer, por exemplo, se um direito de usufruto se extingue pela morte do seu titular –, a capacidade sucessória – dizendo quem poderá adquirir *mortis causa* (*v.g.*, o nascituro) –, as indisponibilidades relativas (cf., na sucessão voluntária, o artigo 2192.^º ss.), a composição das classes de sucessíveis e a sua hierarquia, as respectivas quotas hereditárias, os herdeiros legitimários e o montante da legítima, as causas de indignidade sucessória e outros factos de que decorre a exclusão (*v.g.*, a separação ou o divórcio), a aceitação e repúdio da herança, a sua transmissão, os poderes do administrador e do executor, a administração pelos co-herdeiros, a liquidação e partilha (incluindo a obrigação de colação)⁶⁴.

b) Afinal, e continuando a seguir a lição de BAPTISTA MACHADO, o que fica fora

62 – Sobre o artigo 26.^º, n.º 1, cf.: A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 415 ss.; e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 233 ss.

63 – Sobre a forma como o legislador europeu resolveu este específico problema de sucessão de estatutos, impedindo os efeitos indesejáveis da estrita aplicação da lei pessoal do *de cuius* no momento da alteração ou revogação das disposições *mortis causa*, cf.: A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 420 s.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 233 s.

64 – Para uma apreciação pormenorizada do âmbito da *lex successionis*, determinada ao abrigo das soluções conflituais internas portuguesas, vide: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., pp. 435 ss., 440 ss., 445 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 549 ss.

do âmbito de aplicação da *lex successiois*?⁶⁵

Em primeiro lugar, note-se que as presunções de morte e de sobrevivência são reguladas pela lei pessoal (*vide* o artigo 26.º do Código Civil) e não pela lei da sucessão. Aliás, ainda nesta linha, o Regulamento (UE) n.º 650/2012, e sem prejuízo da regulamentação das questões relativas à capacidade sucessória, à deserdação, à incapacidade por indignidade e à capacidade para dispor *mortis causa* (cf. os artigos 23.º, n.º 2, e 26.º), exclui do seu âmbito de aplicação *ratione materiae*, nos termos do artigo, 1.º, n.º 2, *alíneas a), b) c) e d)*, o estado das pessoas singulares, bem como as relações familiares e as relações que, de acordo com a lei *in casu* aplicável, produzam efeitos análogos, a capacidade jurídica das pessoas singulares e as questões relacionadas com o desaparecimento, a ausência ou a morte presumida de uma pessoa singular⁶⁶. Porém, no que diz respeito aos comorientes, o artigo 32.º do Regulamento prevê que, sempre que ocorra a morte de duas ou mais pessoas e para cujas sucessões sejam competentes as leis de diferentes Estados e que regulem a situação de forma diferente – ou até não a regulem –, e quando haja incerteza quanto à ordem em que os óbitos ocorreram, nenhuma destas pessoas será chamado à sucessão da outra ou das outras, sancionando-se, por conseguinte, uma presunção de comoriência equivalente à já acolhida nos artigos 26.º, n.º 2, e 68, n.º 2, do Código Civil português⁶⁷.

Por outro, tem sido igualmente defendido que serão de excluir do âmbito sucessório as questões de natureza alimentar, tais como, por exemplo o apanágio do cônjuge sobrevivente, previsto no artigo 2018.º do Código Civil português – assim, embora numa matéria onde não há unanimidade na nossa doutrina, BAPTISTA MACHADO⁶⁸ –, ou o direito de os filhos nascidos fora do casamento exercerem uma acção de alimentos contra a herança, direito que usualmente é consagrado nos ordenamentos jurídicos em que não é reconhecido a tais descendentes um direito sucessório (legítimo ou legitimári), havendo, por conseguinte, como se tem entendido ser necessário advertir, que assegurar a coordenação do estatuto regulador da sucessão e o dos efeitos d filiação⁶⁹.

Em terceiro lugar, e no que respeita à partilha, haverá sempre que ter em conta um número significativo de disposições da *lex rei sitae*, designadamente no tangente à duração da indivisão sucessória, ao direito de pedir a partilha, à licitude das convenções de manutenção

65 – *Lições...*, cit., pp. 437, 439, 444 ss.

66 – *Vide supra*, nota 22.

67 – Sobre o artigo 26.º, n.º 2, do nosso Código Civil, *vide* A. MARQUES DOS SANTOS, “Breves considerações sobre a adaptação em Direito Internacional Privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 117 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 602 s. Para mais desenvolvimentos sobre o artigo 32.º, do Regulamento, cf. *supra*, nota 58.

68 – *Lições...*, cit., p. 436 s. Porém, com um entendimento diverso, e defendendo a sua natureza sucessória, veja-se L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 92.

De resto, e de acordo com o critério estabelecido no Regulamento (UE) n.º 650/2012, também os direitos reconhecidos ao companheiro supérstite por ocasião da dissolução por morte da união de facto (*vide* o artigo 2020.º) decorrerão do funcionamento do estatuto sucessório (no mesmo sentido, na vigência do Código Civil, L. de LIMA PINHEIRO, *ibidem*, uma vez que, e à semelhança do apanágio do cônjuge sobrevivente, “se constituem com a morte do *de cuius* e incidem sobre a herança”).

69 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 437.

da indivisão ou às prescrições que têm em vista evitar o parcelamento fundiário⁷⁰.

Em quarto lugar, e em matéria de colação (*vide* o artigo 2104.^º e ss.), interessa não desmerecer que urge igualmente acautelar as expectativas dos donatários. Por essa razão, impõe-se relevar um “estatuto sucessório hipotético”, cabendo, pelo menos, à lei pessoal do doador ao tempo da doação determinar as situações em que a colação se presume dispensada ou quem eram os presuntivos herdeiros sujeitos à colação (cf. o artigo 2105.^º)⁷¹.

No mesmo sentido, se a obrigação de o co-herdeiro conferir os bens doados ou a fixação do seu valor decorre da *lex successionis*, ordenamento que determina também a existência e montante de uma quota indisponível, a necessidade de redução por inoficiosidade e a ordem da redução das disposições inoficiosas, no caso de uma doação inter vivos que não seja inoficiosa segundo um suposto (hipotético) estatuto sucessório – a lei pessoal do doador ao tempo da doação –, não deverá, atendendo à exigência de tutelar as expectativas do donatário proceder-se à sua redução de acordo com o estatuto definitivo⁷².

Por fim, e ainda neste âmbito, é comum acentuar-se que o estatuto sucessório deverá coordenar-se com o estatuto real, pelo menos se a *lex rei sitae* não reconhecer, por força do fenómeno colatício ou da redução por inoficiosidade, a possibilidade de uma restituição *in natura* dos bens doados à massa da herança⁷³.

Acontece, todavia, que no âmbito da sucessão voluntária, e para além do estatuto sucessório “primário”, e cujo sentido acabámos de resumidamente apontar, teremos de considerar o chamado “estatuto da disposição”, uma vez que o legislador, atendendo à necessidade de tutela das expectativas individuais, manda reger determinados aspectos do comportamento declarativo pela lei do tempo da sua verificação e não, ao contrário daquilo que aconteceria se nos mantivéssemos fiéis ao estrito funcionamento do estatuto da sucessão, pela lei pessoal do *de cuius* no momento da morte.

a) Assim, no caso do testamento, e para além das soluções particulares que vigoram em matéria de forma por força do artigo 65.^º do Código Civil, a capacidade de testar (fazer, modificar ou revogar, expressa ou tacitamente) é regida, nos termos do artigo 63.^º, n.^º 1, pela lei pessoal do autor ao tempo da declaração⁷⁴. Aliás, é também a lei pessoal que o autor da herança tenha ao tempo da conduta declarativa que regula a interpretação das respectivas cláusulas e disposições, salvo se houver referência expressa

70 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 437 (em sentido convergente, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 550).

71 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 437, nota 1.

72 – Seguimos de perto J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 449 s.

73 – *Vide* J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 437, p. 437 s., nota 2.

74 – Sobre o artigo 63.^º, n.^º 1, e para uma justificação da autonomização do estatuto da disposição, cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 437 ss.

ou implícita a outra lei, e a falta e vícios da vontade [artigo 64.º, *alíneas a) e b)*]⁷⁵. Por outro lado, o legislador adoptou inclusivamente uma solução análoga quanto à admissibilidade dos testamentos de mão comum (conjunto ou recíproco), aproveitando o ensejo para resolver deste modo, como se tem escrito na nossa doutrina, uma eventual hesitação na qualificação da proibição de tal instituto, integrando-a na questão da substância do acto [artigo 64.º, *alínea c)*]⁷⁶. Ainda neste âmbito, o artigo 63.º, n.º 2, do nosso Código Civil, ao procurar fazer face a um problema a que já antes fizemos referência – evitar um possível resultado nefasto do conflito móvel –, prevê que, se o disponente adquirir uma nova lei pessoal após ter feito a disposição, conservará a capacidade necessária para a revogar nos termos da lei anteriormente aplicável⁷⁷. Por fim, e tendo em vista um problema específico de qualificação, e ao contrário do critério adoptado pela **Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961 sobre a lei aplicável à forma das disposições testamentárias**, a lei portuguesa assenta que as exigências da forma especial das disposições por virtude da idade do disponente serão estabelecidas pela lei pessoal do autor ao tempo da declaração (artigo 63.º, n.º 1, *in fine*)⁷⁸. Ora, ao invés, nos termos do artigo 27.º, n.º 3, do **Regulamento**, e indiciando um claro *favor validitatis* – convém não olvidarmos a tradicional aplicação alternativa de leis quanto à forma dos negócios jurídicos –, são consideradas como dizendo respeito à forma todas as normas legais que limitem as formas autorizadas das disposições por morte tendo em conta a idade, a nacionalidade ou outras características pessoais do testador, assim como as regras que definam as características que devem possuir quaisquer testemunhas exigidas para a validade de uma disposição por morte⁷⁹.

b) De qualquer modo, tem-se entendido que será da competência da lei sucessória fixar a legitimidade para as acções de anulação ou de declaração de nulidade, e os respectivos prazos, uma vez que se afigura ser esse o estatuto mais apropriado para definir quem são os prejudicados pela disposição viciada⁸⁰. E, na mesma linha de pensamento, convirá que seja ainda à luz da *lex successionis* que se aprecie a possibilidade da feitura de um testamento por um representante voluntário – por exemplo, saber se poderá transferir-se em vida o direito de um terceiro designar o seu herdeiro em vida (cf. o artigo 2182.º) –, a licitude das cláusulas que possuam determinado conteúdo e os efeitos da sua invalidade, a liberdade de testar – a admissibilidade da sucessão testamentária e os seus limites, como é o caso, por exemplo, da quota legitimária –, a capacidade para receber por testamento – mormente, as indisponibilidades relativas –, a admissibilidade e o regime da substituição fideicomissária – conquanto a sua eficácia dependa igualmente do estatuto real – e, embora com dúvidas, pois também se poderá configurar um estrito problema de interpretação da vontade do testador, as causas de

75 – Para a explicitação do artigo 64.º, *alíneas a) e b)*, cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 440 ss.

76 – Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., pp. 444 s., 446 s.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 550 s.

77 – Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 440.

78 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 440.

79 – *Vide* elementos bibliográficos referidos supra, nota 54.

80 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 440.

caducidade do testamento (por exemplo, em caso de divórcio, de nascimento de herdeiro legítimo ou de superveniente celebração de casamento). Da mesma maneira, tem-se ainda acrescentado que, caso um pacto sucessório não seja admitido pela lei da disposição, ele poderá ser convertido em testamento, desde que o estatuto sucessório (actual) admita tal conversão (cf. o artigo 946.º, n.º 2)⁸¹.

Em suma, pode então concluir-se, por isso, que a validade do testamento e das estipulações que o integram ficará em muito pendente, uma vez que a determinação da validade do testamento terá amiúde de ser adiada até ao momento da morte, não decorrendo tal apreciação, por conseguinte, exclusivamente do chamamento do estatuto da disposição.

Por seu turno, pode dizer-se que, nos termos do Regulamento (UE) n.º 650/2012, a extensão do âmbito de aplicação da *lex successionis* corresponde grosso modo ao amplo leque das matérias que referimos integrarem no regime conflitual interno português o estatuto sucessório.

Com efeito, no contexto das novas regras europeias, e seguindo de perto o elenco estabelecido no artigo 23.º, n.º 2, a *lex successionis* rege, desde logo, as causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão, a determinação dos beneficiários, das respectivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios – incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente –, a capacidade sucessória, a deserdação e a incapacidade por indignidade, a transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e aos legatários – incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio –, os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança – nomeadamente no que respeita à venda dos bens e ao pagamento dos credores, sem prejuízo dos poderes a que se refere o artigo 29.º, n.ºs 2 e 3 –, a responsabilidade pelas dívidas da herança, a quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros, a colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários, e, finalmente, partilha da herança⁸².

6. A forma do testamento e o *favor validitatis*

De acordo com uma vetusta tradição, fundamentalmente orientada pelas exigências do *favor validitatis*, a questão da forma das disposições por morte (incluindo a forma dos

81 – Acompanhamos o elenco feito por J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 441 ss.

82 – Para uma apreciação detida sobre o domínio da *lex successionis* de acordo com o Regulamento europeu, vide, por exemplo: M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, cit., p. 67 s.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 337 ss.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1124 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 165 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 95.

pactos sucessórios) beneficia no seio do nosso direito de conflitos de um tratamento autónomo relativamente àquele que é dado à generalidade da matéria sucessória – designadamente, às questões da substância –, razão pela qual pode ocorrer, desde logo, a convalidação de um facto jurídico que seria inválido face à lei aplicável no momento da sua prática, demonstrando-se deste modo que, por conseguinte, nem sempre lhe será aplicada a lei da disposição⁸³.

Efectivamente, através de conexões alternativas, o legislador português estatui que as disposições por morte, bem como a sua revogação ou modificação, serão válidas, se corresponderem às prescrições da lei do lugar onde o acto foi celebrado, às da lei pessoal do autor da herança, quer no momento da declaração, quer no momento da morte, ou ainda às prescrições da lei para que remeta a norma de conflitos da lei local (cf. o artigo 65.º, n.º 1)⁸⁴.

Por outro lado, o artigo 65.º, n.º 2, impõe a observância das formalidades que a lei pessoal do autor da herança no momento da declaração exija, desde que esta lei aponte o seu necessário cumprimento, ainda que o acto seja praticado no estrangeiro, sob pena de nulidade ou ineficácia, consagrando-se deste modo – na leitura de BAPTISTA MACHADO⁸⁵ –, e com assumido prejuízo do *favor negotii*, uma inequívoca preferência da qualificação substância sobre a qualificação forma. Aliás, desta maneira, parece que se teve em vista salvaguardar o acatamento de soluções estrangeiras idênticas às do artigo 2223.º do Código Civil português e que estatui que o testamento feito por cidadão português em país estrangeiro com observância da lei estrangeira competente só produzirá efeitos em Portugal se tiver sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação, sendo discutível, desde logo, saber se nos deveremos bastar com uma forma escrita ou se, pelo contrário, o legislador teve em mente uma solução mais exigente, designadamente o necessário cumprimento de uma forma autêntica⁸⁶.

Ora, quanto a esta matéria, o Regulamento (UE) n.º 650/2012 é igualmente inspirado por um transparente *favor testamenti*, uma vez que uma disposição testamentária feita por escrito será válida se forem cumpridas as formalidades extrínsecas previstas pela lei do Estado onde a disposição foi feita, pela lei do Estado de que o testador era nacional ou onde tinha o seu domicílio ou a sua residência habitual, quer no momento em que a disposição foi feita, quer no momento da morte – para determinar se o testador tinha ou não o seu domicílio num determinado Estado aplica-se a lei desse Estado (artigo 27.º, n.º 1, *in fine*) –, ou, por fim, caso se trate de um bem imóvel, do Estado onde este se encontra situado

83 – J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 450.

84 – *Idem*, *ibidem*.

85 – Vide J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 451; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 235 ss.

86 – Vide *supra*, nota 48.

(artigo 27.º)⁸⁷.

Acontece ainda que este leque de conexões alternativas é também aplicável às disposições *mortis causa* que alterem ou revoguem manifestações de vontade já antes predispostas, sendo estas ainda igualmente válidas quanto à forma se respeitarem uma das leis nos termos da qual, de acordo com o n.º 1 do artigo 27.º, a disposição por morte que foi alterada ou revogada era válida⁸⁸.

Finalmente, e de acordo com o artigo 1.º, n.º 2, *alínea f)*, a questão da validade formal das disposições por morte feitas oralmente encontra-se fora do âmbito de aplicação do **Regulamento**, mantendo por isso, neste caso, as regras de conflitos internas relativas à forma dos testamentos inteiro interesse.

7. Os conflitos de sistemas: o reenvio e os direitos adquiridos

Como referimos anteriormente, a circunstância de os ordenamentos conflituais manifestarem entre si diferenças profundas provoca o surgimento de conflitos de sistemas de direito internacional privado. Com efeito, o reenvio e os direitos adquiridos constituem o exemplo mais paradigmático de tais problemas e o legislador português não deixou de os regular, atendendo especificamente às exigências que perpassam as matérias compreendidas no estatuto pessoal.

Ora, se é certo que não nos cabe aqui proceder a uma análise detida dos institutos em causa, ainda que circunscritos às matérias regidas pela *lex personalis*, como é entre nós o caso das sucessões, a simples convocação das soluções adoptadas pelo Código Civil no âmbito do reenvio (cf. os artigos 17.º, n.º 2, e 18.º, n.º 2) e das situações constituídas no estrangeiro (o artigo 31.º, n.º 2) é bastante para nos mostrar que o legislador, e reconhecendo afinal a função meramente instrumental das concretas regras de conflitos face ao sistema de direito internacional privado e a tudo aquilo que constitui, na feliz formulação de BAPTISTA “teleologia imanente”⁸⁹, não se furtou à tarefa de procurar em concreto a superação de alguns dos problemas emergentes dos conflitos de sistemas, apontando para isso uma circunstanciada consideração das soluções acolhidas pelas normas de conflitos estrangeiras.

Com efeito, embora acolhendo uma posição de princípio segundo a qual a conexão “nacionalidade” constitui a primariamente relevante, nela não se entrincheirou, assentando igualmente que também à *lex domicilii* há que atribuir um justificado valor, pelo que não

87 – Vide *supra*, nota 55.

88 – Para mais referências, cf. *supra*, nota 545.

89 – Cf. J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra: Livraria Almedina, 1970, esp. pp. 25 s. e 60 ss.; *IDEM*, *Lições...*, cit., p. 155 ss.; R. MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, cit., esp. p. 380 ss.; e, rejeitando tal papel subordinado da regra de conflitos no contexto do sistema, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 343 s.

deverá ser inconsiderada a orientação que sobre a concreta questão esta lei venha a tomar. Em suma, e mesmo ponderando que os dois institutos têm funcionamentos diversos ou que nem sempre seremos conduzidos à competência da lei da nacionalidade ou da lei da residência habitual, sempre as soluções acolhidas nesses dois ordenamentos jurídicos adquirirão sobressalência na resolução do concreto problema, revelando-se também aqui não apenas o espírito de abertura que presidiu ao Código Civil de 1966 como a particular preocupação em garantir a unidade e estabilidade do estatuto pessoal.

Assim sucede nos termos do artigo 31.º, n.º 2, ao abrigo do qual, e acolhendo a concepção que sobre o âmbito de aplicação do referido preceito se tem maioritariamente firmado na nossa doutrina, a susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos no ordenamento da residência habitual do interessado – ou, a *fortiori ratiōe*, do país da sua nacionalidade – bastará para que um concreto acto jurídico (geralmente, um negócio jurídico) do domínio do estatuto pessoal venha a ser reconhecido entre nós, mesmo que de acordo com a lei material primariamente competente – a *lex patriae* – tal não fosse viável⁹⁰.

É certo, na verdade, que encontramos um paralelo desígnio de conservação da validade negocial noutras disposições do Código Civil, designadamente no artigo 19.º, n.º 1, uma vez que a verificação dos seus requisitos – ora dos legalmente previstos ora dos doutrinariamente desvelados – conduz à negação de um reenvio que seria possível à luz dos critérios gerais⁹¹. Ora, se é exacto que tal mecanismo não funciona exclusivamente nas matérias que compõem o estatuto pessoal – se bem que se nos afigura que deveras terão sido estas que o legislador terá tido primacialmente em vista –, é ainda curioso verificar que a constrictão do reenvio por força do princípio do *favor negotii* convergirá, na matéria que tratamos, e ao abrigo do artigo 19.º, n.º 1, na conservação da competência da *lex patriae*. Não obstante, note-se que do artigo 31.º, n.º 2, não resulta a exclusiva competência da lei da nacionalidade ou da residência habitual, sufragando-se antes o entendimento segundo o qual serão passíveis de serem reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos que, posto que celebrados ao abrigo de um terceiro ordenamento, possam ser considerados válidos no Estado da residência habitual ou da nacionalidade, mesmo não verificados os pressupostos que na hipótese em causa, e em termos gerais, justificariam a admissibilidade do reenvio.

90 – Para a interpretação do artigo 31.º, n.º 2, vejam-se: A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 388 ss.; *IDEM*, "Direito internacional privado – Direito dos estrangeiros", *BMJ* 24 (1951), p. 15 s. (tendo em vista o art. 2.º, IV, do anteprojecto de 1951); J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 175 ss.; R. MOURA RAMOS, "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado", *BFDUC*, v. L (1974), p. 215 ss.; *IDEM*, "Limites à aplicação das regras de direito português: a recepção do direito internacional convencional e a aplicação do direito estrangeiro e do direito comunitário", *Curso de direito da família*, F. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 4.ª ed., v. I (Introdução. Direito matrimonial), Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 726 s.; A. MARQUES DOS SANTOS, "Quem manda mais – a residência ou a nacionalidade", *Estatuto Jurídico da Lusofonia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 45 s.; e, em termos não inteiramente coincidentes, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 44 ss.; e D. MOURA VICENTE, "Lei pessoal das pessoas singulares", *Ensaios I*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 75 ss. Na literatura estrangeira, cf. ainda I. GARCIA VELASCO, *Concepción del derecho internacional privado en el nuevo Código Civil portugués*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 52 ss.

91 – Para mais explicações sobre o artigo 19.º, n.º 1, vide: A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 317 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 217 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 552 ss.

Também no âmbito dos conflitos negativos de sistemas, o legislador sentiu a necessidade de introduzir disposições específicas relativamente ao estatuto pessoal e que, é certo que coexistindo com a relevância de outras exigências – convocamos aqui tanto o artigo 31.º, n.º 2, que determinará, nas situações já constituídas, uma limitação à regra estatuída no artigo 17.º, n.º 2, como o artigo 17.º, n.º 3, onde a aplicação da *lex rei sitae*, por força do princípio da maior proximidade, afastará igualmente o preceituado no artigo 17.º, n.º 2 –, se traduziu fundamentalmente na formulação de um conjunto de pressupostos tendentes a dificultar a admissão do reenvio no âmbito do estatuto pessoal⁹².

É certo que também aqui, e à semelhança do que acontece no artigo 31.º, n.º 2, nem sempre seremos conduzidos à competência da lei da nacionalidade ou do domicílio, tendo, de resto, a conexão “residência habitual” um relevo diferenciado consoante estejamos perante uma hipótese de transmissão de competências ou de retorno. Aliás, e nos casos em que o preenchimento dos pressupostos estabelecidos pelo artigo 17.º, n.º 2, nos levaria a rejeitar o reenvio, aplicando-se a *lex patriae*, ainda assim, nos casos da tutela e curatela, relações patrimoniais entre os cônjuges, poder paternal, relações entre adoptante e adoptado e sucessão por morte, considerar-se-á aplicável a lei da situação dos bens imóveis, se esta se considerar competente e simultaneamente haja sido indicada pela lei nacional (artigo 17.º, n.º 3). De qualquer maneira – e é isso que nos interessa particularmente no percurso que traçamos –, também neste domínio o Código Civil não foi insensível ao princípio segundo o qual nas matérias compreendidas no estatuto pessoal a residência habitual constitui uma conexão – pelo menos quase – tão relevante como a nacionalidade, não podendo, por isso, ser ignorada.

A finalizar, refira-se que o Regulamento (UE) n.º 650/2012 traz nesta matéria inovações significativas, o que bem se compreende, se atendermos que os problemas relativos aos conflitos de sistemas merecem geralmente no âmbito das experiências de uniformização do direito internacional privado um tratamento diferenciado.

a) *Primo conspectu*, não se denota no texto europeu uma qualquer específica abertura ao reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro ao abrigo do ordenamento jurídico não considerado competente pela *lex fori* – pensamos mais propriamente nas hipóteses particulares em que a nossa doutrina aponta existir um problema autónomo de direitos adquiridos.

Verdadeiramente, no contexto da disciplina regulamentar, a consagração do

92 – O que, todavia, não exclui a hipótese da sua admissibilidade, dispensando-se o preenchimento dos pressupostos fixados no artigo 17.º, n.º 1, mormente nos casos em que exista acordo entre a *lex domicilii* e a *lex patriae* (neste sentido, cf. A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 312 s.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 212).

Para a exposição do regime do reenvio no âmbito das matérias compreendidas no âmbito do estatuto pessoal, *vide*: A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 309 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 198 ss.; R. MOURA RAMOS, “*Droit international privé vers la fin...*”, cit., p. 108 s.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., pp. 545 ss. e 551 s.

princípio da autonomia da vontade e a generalizada assunção do *favor validitatis*, no âmbito dos conflitos de leis, bem como o reconhecimento automático das decisões podem até *prima facie* afigurar-se bastantes para neutralizar os riscos da relatividade espacial das situações jurídicas individuais. Outrossim, seria até razoável acreditar-se que apenas no contexto do modelo de regulamentação do estatuto pessoal – e mais propriamente das sucessões por morte – adoptado pelo legislador português terá sentido uma solução do género da perfilhada no artigo 31.º, n.º 2, e onde, como vimos, se encarou o problema dos direitos adquiridos, aceitando a aplicação alternativa da *lex patriae* e da *lex domicilii*.

Ora, e se seguramente a uniformização das regras de conflitos de leis e de jurisdições dos Estados vinculados ao Regulamento (UE) n.º 650/2012 amenizará os perigos da claudicância no tráfego jurídico-sucessório internacional – para além de reforçar nos sujeitos individuais a previsibilidade quanto à lei aplicável –, e condenando até à obsolescência eventuais normas de teor idêntico ao do artigo 31.º, n.º 2, convém não desmerecer, desde logo, que, por força do princípio da aplicação universal das normas relativas à lei aplicável (artigo 20.º, Regulamento), poderá ser competente o ordenamento jurídico de um Estado não-membro – e onde não vigorarão, por conseguinte, as normas uniformes europeias relativas aos conflitos de leis em matéria sucessória –, com todos os perigos de desarmonia jurídica que, para já, e independentemente das soluções relativas ao reenvio que já adiante referiremos, no estágio actual de desenvolvimento do direito – marcado afinal por uma indubitável fragmentariedade do processo de codificação internacional –, apenas no universo intra-europeu se prevê poderem ser proscritos. Seja como for, e ainda que assim seja, o facto de podermos discernir, enquanto *common core* dos sistemas conflituais da generalidade dos países, a tendência para uma confessada assimilação de um generalizado *favor testamenti*, permite-nos prognosticar com alguma segurança, mesmo nas relações que transcendam o espaço europeu de integração jurídica – o “espaço de liberdade, segurança e justiça” que antes convocámos –, um fluido relacionamento entre os ordenamentos jurídicos, um generoso e crescente reconhecimento dos negócios jurídicos celebrados no estrangeiro, isto é, a provável “liberdade de circulação” transfronteiriça dos testamentos.

b) Por outro lado, também as soluções internas relativas ao reenvio serão afastadas em matéria sucessória, uma vez que o legislador europeu, conquanto se haja afastado da atitude rejeição do reenvio que é habitual nos textos convencionais e regulamentares que estabelecem regimes conflituais uniformes, se pautou no regime dos conflitos negativos de sistemas que estabeleceu por singulares e matizados propósitos, quebrando-se também por aqui a unidade da sucessão⁹³.

93 – Vide: G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, p. 59 ss.; M. GREESKE, *op. cit.*, p. 179 ss.; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n. 650/2012...”, *cit.*, p. 96 ss.; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, *cit.*, p. 704 ss.; A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 306 ss.; A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 509 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 275 ss.; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, *cit.*, p. 99 ss.; A. BORRÁS, Alegria, “Is Renvoi Really a Mechanism for Harmonising Solutions in the Field of Successions?”, Τμηματικός τομος - ΣΠΥΡΙΔΩΝΟΣ ΒΑ. ΒΡΕΛΛΗ (Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis - Essays in honour of Spyridon Vl. Vrellis - Festschrift für Spyridon Vl. Vrellis), Athens: Nomiki Bibliothiki, 2014, p. 39 ss.; IDEM, “L’approche du renvoi dans un système d’unité de la succession”, *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard: liber amicorum*, Paris: Defrénois, 2007, p. 23 ss.; P. KINDLER, “La legge regolatrice delle successioni...”, *cit.*, p. 427 s.; M.

Efectivamente, de acordo com o artigo 34.^o – embora com excepção dos casos previstos no artigo 21.^o, n.^o 2 (cláusula de excepção), no artigo 22.^o (escolha de lei), no artigo 27.^o (validade formal das disposições por morte feitas por escrito), no artigo 28.^o, *alínea b*) (validade formal de aceitação ou repúdio em conformidade com a lei do Estado onde o autor da declaração tenha a sua residência habitual), e no artigo 30.^o (regras especiais que imponham restrições quanto à sucessão ou a afectem relativamente a certos bens) –, quando se determina a aplicação de um ordenamento jurídico que não se considere competente – logicamente, o ordenamento de um Estado-terceiro – adoptar-se-á uma referência global, isto é, far-se-á um chamamento de todas normas jurídicas que aí vigorem, incluindo as normas de direito internacional privado, conquanto, se verificarem alternativamente duas circunstâncias.

Em primeiro lugar, aceitar-se á o reenvio se a referida *lex causae* remeter para a lei de um Estado-membro, o que consiste, na verdade, num incontestável favor à aplicação da lei dos Estados europeus vinculados ao Regulamento, tanto mais que esta será independente da atitude que o sistema competente por força das regras de conflitos unificadas assuma relativamente aos conflitos negativos de sistemas de direito internacional privado. Assim, podemos dizer tratar-se de uma solução que não se encontra vinculada ao modelo de “reenvio-coordenação” e aos *desiderata* que o compõem – garantir a uniformidade da lei aplicável e, portanto, prosseguir a harmonia jurídica internacional –, se bem que, precisamente, pelo facto de tecnicamente se poderem configurar aqui tanto situações de retorno como de transmissão de competência, sempre poderíamos ser tentados a repelir a intuitiva acusação de que estão subjacentes a esta solução do Regulamento subliminares pulsões territorialistas ou lexforistas. Verdadeiramente, há aqui um claro eurocentrismo e até mesmo, se conseguirmos olhar para os sistemas jurídicos dos diferentes Estados europeus como um único bloco civilizacional (cultural e jurídico) – ainda que, de modo a criar um suficiente distanciamento, esbatendo as peculiaridades jurídicas de cada um dos ordenamentos jurídicos europeus, lançando mão de uma potente lente macro-comparativa, ou seja, e recorrendo a uma linguagem preferencialmente pictórica ou artística, preferindo a técnica da aquarela –, uma *sui generis* situação de reenvio de primeiro grau (retorno) e que, afinal, um alargado princípio da boa administração da justiça poderá procurar fundamentar. De resto, afigura-se-nos seguro que é até na pressuposição de um *corpus iuris* transestadual de matriz europeia que se estribam, para além do alento para a unificação das regras de conflitos relativas às sucessões, tanto o conteúdo de muitas das soluções especificamente sancionadas no Regulamento (UE) n.^o 650/2012 como o esforço já empreendido de tentar banir, no âmbito das situações jurídicas intraeuropeias, a excepção de ordem pública internacional.

Fora desses casos, atender-se-á igualmente ao juízo conflitual estrangeiro, ou

HELENA MOTA, “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.^o 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012”, Revista electrónica de direito, Fevereiro 2014, n.^o 1; A. DAVI/A. PAGNETTI, *op. cit.*, p. 130 ss.

seja, admitir-se-á o reenvio (a *Gesamtverweisung*), sempre que este se traduza no chamamento da lei de outro Estado-terceiro cuja lei se considere competente, aceitando-se assim, à semelhança do artigo 17.º, n.º 1, do Código Civil português, e tendo em vista uma paralela aspiração de uniformidade da lei aplicável, uma transmissão de competência (*Weiterverweisung*).

8. A não-exclusividade da *lex causae* (o egoísmo estatal): a exceção de ordem pública internacional e normas de aplicação necessária e imediata

Por outro lado, e ainda que sumariamente, não podemos deixar de lembrar que o direito das pessoas, da família e das sucessões – ou seja, as matérias que entre nós se encontram compreendidas no estatuto pessoal – constituem um domínio privilegiado para manifestação do “egoísmo estatal” a que aludia FRANK VISCHER⁹⁴.

Na verdade, também por força da invocação da exceção de ordem pública internacional ou da intervenção apriorística de normas materiais do foro enquanto normas de aplicação necessária e imediata se esvazia o âmbito de aplicação da *lex successiois*.

Sendo assim, a *lex causae* não detém uma posição exclusiva na regulamentação das situações privadas internacionais, concorrendo com a afirmação das exigências valorativas fundamentais do ordenamento material do foro, tanto quando se promove a evicção da lei estrangeira competente através da invocação da exceção de ordem pública internacional portuguesa (*vide* o artigo 22.⁹⁹⁵) como quando se conclui estarmos na presença de disposições cujo respeito é tido como essencial por um Estado, atendendo à necessidade de acautelar o interesse público, designadamente a organização política, social ou económica, razão pela qual elas reclamam aplicar-se dentro do âmbito de aplicação que autonomamente definem e independentemente da lei designada por força da regra de conflitos (normas de aplicação necessária e imediata).

Seja como for, pelo menos aparentemente, o Regulamento (UE) n.º 650/2012 não implicará aqui alterações significativas. Com efeito, o seu artigo 35.º determina que a lei

94 – “Der Wandel im Familienrecht und das internationale Privatrecht”, *Familienrecht im Wandel – Festschrift für Hans Hinderling*, Frank Vischer... [et al.] (Hrsgs.), Basel/Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1976, p. 327.

95 – Sobre a exceção de ordem pública internacional no seio do nosso Código Civil, *vide*: A. FERRER CORREIA, *Lições...*, 2000, cit., p. 405 ss.; I. de MAGALHÃES COLLAÇO, *op. cit.*, p. 412 ss.; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, cit., p. 253 ss.; R. MOURA RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *BFDUC*, v. LXXIV (1998), p. 45 ss.; *IDEM*, “Droit international privé vers la fin...”, cit., p. 110 ss.; A. MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, v. I, cit., p. 171 ss.; L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 658 ss.; e, já na literatura estrangeira, embora apreciando em particular a a solução acolhida no art. 22.º, I. GARCIA VELASCO, *op. cit.*, p. 107 ss.

Na doutrina estrangeira, em geral, cf. P. LAGARDE, *Public Policy*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. III (Private International Law), cap. XI, Tübingen... [etc.]: J. C. B. Mohr... [etc.] 1994; F. MOSCONI, “Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules”, *Recueil des Cours*, t. 217 (1989), p. 23 ss.; E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 251 (1995), p. 223 ss.; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 239 (1993), p. 9 ss.; L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures*, La Haye: Adi-Poche, 2013, p. 146 ss., e, detidamente nas matérias de que nos ocupamos, A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 283 (2000), p. 62 ss.; e SIMON OTHENIN-GIRARD, *La réserve d’ordre public en droit international privé suisse (Personnes – Famille – Successions)*, Zurich: Schulthess, 1999.

competente por força das regras de conflitos uniformes aí contidas poderá ser afastada, se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-membro do foro⁹⁶. Por outro lado, e se, ao contrário de outros instrumentos europeus relativos aos conflitos de leis, não se prevê em geral no Regulamento (UE) n.º 650/2012 a possibilidade de a *lex causae* poder ser afastada visto comprometer o respeito das normas de aplicação imediata do país do foro⁹⁷, confiando-se, pelo menos aparentemente, na suficiência da exceção de ordem pública internacional para tutelar os valores jurídicos fundamentais internos – aliás, o silêncio do legislador europeu não nos parece determinante, uma vez que deverá entender-se que a relevância das normas de aplicação imediata do foro, à semelhança da exceção de ordem pública internacional, não deverá depender da sua expressa consagração legal, conquanto a sua intervenção não possa deixar de *in casu* ser coarctada pelas exigências do ordenamento jurídico da União –, não podemos, todavia, deixar de mencionar neste domínio a abertura que o artigo 30.º dá à tutela das *lois de police* do país onde os bens aí referidos se encontram situados⁹⁸.

96 – Atendendo especificamente ao âmbito sucessório e densificando o alcance possível do artigo 35.º, cf., por exemplo, M. AZAVANT, "L'ordre public successoral", *Droit de la famille*, 18e année (2013), n.º 10, p. 17 ss.; É. PATAUT, *L'exception d'ordre public et la proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (COM(2009)154) – Note*, note demandée par la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, [s.l.]: [s.n.], 2010; A. BONOMI/P. WAULETEL, op. cit., p. 525 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 258 ss.; M. HELLNER, "Probleme des allgemeinen Teils des Internationalen Privatrechts", *Die Europäische Erbrechtsverordnung...*, cit., p. 110 s.; G. KHAIALLAH, *op. cit.*, p. 56 ss.; M. GREESSKE, *op. cit.*, p. 193 ss.; P. LAGARDE, "Les principes de base...", cit., p. 709 ss.; C. FISCHER-CZERMAK, "Anwendbares Recht", cit., p. 54 s.; A. DAVÍ/A. ZANOBETTI, *op. cit.*, p. 171 ss.

De qualquer forma, se é certo que no Regulamento (UE) n.º 650/2012 não se abdicou da consagração da cláusula de exceção de ordem pública internacional (artigo 35.º), não devem ser olvidados os ventos que levam à afirmação de uma ordem pública europeia e que tenderá certamente a constrianger, cada vez mais, a função nacionalista que preside tradicionalmente ao funcionamento de tal mecanismo de evicção da *lex causae*. Sobre este fenómeno de europeização da ordem pública, vide, por exemplo, numa literatura vastíssima, S. POILLOT-PERUZZETTO, "Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire", *Travaux*, 2002-2004, p. 65 ss.; IDEM, "The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System", *International Family Law for the European Union*, Johan Meusen... [et al.] (eds.), Antwerpen/Oxford: Intersentia, 2007, p. 279 ss.; IDEM, "Les contours d'un ordre public européen: l'apport du droit de l'Union européenne", *Vers un statut européen de la famille...*, cit. p. 159 ss.; J. BASEDOW, "Die Verselbständigung des europäischen ordre public", *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation. Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, Michael Coester, Dieter Martiny und Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe (Hrsg.), München: Verlag C. H. Beck, 2004, p. 291 ss.; IDEM, "Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence", *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, cit., p. 55 ss.; D. MARTINY, "Die Zukunft des europäischen ordre public im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht", *Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation...*, cit., p. 523 ss.; M. RENFERT, *Über die Europäisierung der ordre public Klausel*, Frankfurt am Main [etc]: Lang, 2003, esp. p. 77 ss.; T. STRUYCKEN, "L'ordre public de la Communauté européenne", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris: Dalloz, 2008, p. 617 ss.; G. STEFFENS, "Réflexions sur la notion d'ordre public européen", *Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 1045 ss.; I. CANOR, "National Constitutional Identity and Ordre public: An Intradisciplinary Analysis of European Constitutional Law and European Private International Law", *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Völkerrecht, Europarecht, Menschenrechte: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, Christian Callies (Hrsg.), Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 475 ss.; M. FALLON, "L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle", *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato...*, cit., p. 331 ss. E, entre nós, acentuando as relações entre a tradicional exceção de ordem pública internacional e uma (eventual) ordem pública eurocomunitária, vide: R. MOURA RAMOS, "Public Policy in the Frame Work of the Brussels Convention. Remarks on Two Recent Decisions by the European Court of Justice", *YPIL*, v. II (2000), p. 25 ss.; IDEM, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a teoria geral do direito internacional privado. Desenvolvimentos recentes", *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 452 ss.; IDEM, "Direito internacional privado e direito comunitário. Termos de uma interação", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional II*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 179 ss.; S. CHABERT/N. PISSARRA, *Normas de aplicação imediata, ordem pública internacional e direito comunitário*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 179 ss.; L. DE LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. I, cit., p. 660 ss.

97 – Cf. o artigo 9.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) e o artigo 16.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II).

98 – Para uma perspectiva sobre o modo como o funcionamento das normas de aplicação necessária e imediata tem ocorrido no contexto das relações entre o direito europeu e o direito internacional privado dos Estados-membros, cf., por exemplo, R. MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça...", cit., p. 460 ss.; IDEM, "Direito internacional privado e direito comunitário...", cit., p. 185 ss. De qualquer modo, como realçava mais recentemente M. FALLON, *op. cit.*, para além de a União se haver "apropriado" dos

Conclusão

Como facilmente parece decorrer da apressada exposição que fizemos, o Regulamento (UE) n.º 650/2012 distancia-se a passos largos do Código Civil, tanto na técnica legislativa utilizada como no conteúdo de parte significativa das soluções aí preceituadas, conquanto parte muito significativa do texto europeu denote claramente a inspiração dos trabalhos levados a cabo na Conferência da Haia de Direito internacional Privado, sendo a sua originalidade, por conseguinte, bastante modesta.

Por um lado, merece desde logo uma particular referência a feição extremamente analítica e complexa dos novos critérios conflituais e que estão longe, na verdade, do laconismo, mas também da elegância da escrita e do rigor técnico-jurídico – *suum cuique tribuere* –, que cunham a formulação das regras que integram a Parte Geral do Código Civil português de 1966. Deste modo, e não deixando de salvar a concretude das respostas europeias, o carácter imbricado do novo sistema pode até abicar em escusados embaraços de interpretação, designadamente para o cidadão comum, que, face a alguma opacidade do novo texto – e tal acusação poderia ser certamente dirigida a outros instrumentos do direito internacional privado europeu –, e até com prejuízo do acesso ao direito, se sentirá apartado da *diritta via*, deambulante por desconhecidos e tortuosos caminhos e mesmo injustamente merecedor das penas e trabalhos tão pesados como aqueles que, no Inferno e no Purgatório, *il Sommo Poeta* – e pensamos na *Divina Commedia* – encontrou.

Seja como for, e deixando para trás despropositadas alegorias, deve dizer-se que o legislador europeu não deixou de enfrentar algumas das clássicas dificuldades suscitadas pelas sucessões internacionais – designadamente, os problemas implicados pela necessária coordenação dos estatutos – e de que há muito o nosso pensamento jurídico internacionalprivatístico se apercebeu, tanto no momento da circunscrição do âmbito das distintas categorias normativas que assimilam a matéria jurídica que cada uma das normas de conflitos entende fazer reger por certo ordenamento jurídico como também, mais especificamente, em sede de qualificação propriamente dita. É certo que, nalguns casos, o Regulamento se bastou com a seca exclusão de certas questões jurídicas do seu âmbito de aplicação *ratione materiae*, o que, na verdade, muitas vezes, se revela ser de pouca valia (cfr. o artigo 1.º, n.º 2); todavia, noutras hipóteses foi mais longe, ora resolvendo expressamente típicos problemas de qualificação ora, demonstrando uma interessante *ars inveniendi*, consagrando curiosas soluções que, na verdade, também aos juristas mais experientes prometem “trabalhos esforçados” e até os pavores que atormentaram Dante Alighieri. Para o comprovarmos, basta que lembremos, por exemplo, tanto o artigo 29.º

mecanismos do direito internacional privado (esp. a p. 341), havendo tal categoria passado a fazer parte do aparato do *corpus iuris* europeu, tudo indica que, e à semelhança daquilo que acontece com a ordem pública internacional, também no que respeita às *lois de police* se vai consolidando a ideia segundo a qual não é legítimo que os Estados-membros obstem ao respeito do direito comunitário e, desde logo, perturbem a liberdade de circulação, escudando-se numa desproporcionada e estritamente nacionalista “reserva de soberania” (a p. 337).

(Regras especiais sobre a nomeação e os poderes dos administradores de heranças) como o artigo 31.^o (Adaptação dos direitos reais) – disposição de que os conservadores do registo predial se abeiram com indistigável temor, atendendo à acrescida capacidade juscomparativa exigida pela sua mobilização – e onde se impõe a necessidade de, no caso de alguém invocar um direito real que lhe é reconhecido pela *lex successionis*, embora desconhecido da legislação do Estado onde se reclama a sua titularidade, esse direito dever – se necessário e sempre que isso seja possível – ser acomodado ao direito real equivalente mais próximo que seja consagrado nesse Estado, tendo em conta os objetivos e os interesses do direito real em questão e os efeitos que lhe estão associados⁹⁹.

Seja como for, e ainda que a *mise en oeuvre* do Regulamento prometa seguramente laboriosos esforços e severos escolhos interpretativos – e cujo surgimento o conteúdo particularmente inovador de algumas das soluções, quando confrontado com o regime interno, permite desde já antecipar –, não podemos deixar de discernir aí o espírito que em muito incitou o legislador civil português de 1966, designadamente o intento de preservação, no âmbito da vida transfronteiriça, da validade e eficácia dos testamentos e, por conseguinte, a tentativa de fazer respeitar o mais possível a vontade do *de cuius*.

Coimbra, Junho de 2015

99 – Na verdade, trata-se de um problema que desde há muito se sente, não se devendo esquecer os termos em que a doutrina foi afirmando a necessidade de compatibilizar o estatuto sucessório (ou matrimonial) com o estatuto real, apontando-se a necessidade de lançar mão de uma “óptica de transposição”, de modo a que [apenas] “tanto quanto possível os efeitos reais que decorrem das atribuições patrimoniais determinadas pela lei reguladora da sucessão devem ser respeitados no quadro da lei ou leis reguladoras dos direitos reais (assim, L. de LIMA PINHEIRO, *Direito internacional privado*, v. II, cit., p. 550).

Sobre o referido artigo 31.^o, vide: M. REVILLARD, “Portée de la loi applicable”, cit., p. 85; P. LAGARDE, “Les principes de base...”, cit., p. 715 s.; T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 1128; R. MOURA RAMOS, “O Direito internacional privado das sucessões...”, cit., p. 96 s.; K. LECHNER, “Die EuErbVO im Spannungsfeld zwischen Erbstatut und Sachenrecht”, *IPRax*, v. 33 (2013), p. 497; B. LAUKEMANN, “Die lex rei sitae in der Europäischen Erbrechtsverordnung – Inhalt, Schranken und Funktion”, *Ars aequi et boni in mundo: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag*, Reinhold Geimer, Athanassios Kaissis, Roderich C. Thümmel (Hrsg.), München: Beck, 2014, p. 325 ss.; J. DÍAZ FRAILE, “El Reglamento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la “lex rei sitae”. Especial referencia al certificado sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, v. XC (2014), p. 94 ss.

De Novo, o Sistema Registral Austríaco

Mónica Jardim
 Professora Auxiliar na Faculdade de Direito de Coimbra, onde é Regente das disciplinas de Direito das Coisas (2.ª turma), Direitos Reais II e Direito dos Registos e do Notariado. Doutora em Direito Civil (Direitos Reais e Registo Predial). Presidente do Centro de Estudos Notariais e Registrais. Membro cooptado do Conselho do Notariado. Tem diversos artigos publicados no domínio dos Direitos Reais, do Direito do Registo Predial e do Direito Notarial. Participa, como oradora, com frequência, em congressos e seminários nacionais e estrangeiros sobre Direitos Reais, do Direito do Registo Predial e do Direito Notarial.

1. Sucinta resenha histórica e breve apresentação da função desempenhada pela publicidade registral, do sistema tabular ou do livro fundiário austríaco, na alteração da situação jurídico-real

O fulcro e o germe do sistema jurídico da transmissão de imóveis na Boémia, que teve decisiva importância na evolução histórica do sistema registral austríaco, foi o instituto do *Landtafeln* que é qualificado como único no género.

O *Landtafeln* era público e nele deviam ser inscritos todos os actos jurídicos translativos ou constitutivos de direitos reais que tivessem por objecto bens imóveis. A entabulação no registo, inicialmente, limitava-se a servir de prova do consentimento senhorial – necessário para a validade do acto –, mas, pelo menos, a partir do século XV, passou a ser considerada como elemento imprescindível para a aquisição do direito.

Por força deste instituto foi afirmado o princípio da especialidade - porque, em regra, o registo continha a indicação precisa dos bens e dos negócios relativos a estes - e acabou por ser consagrado o princípio da pública fé (*Vertrauenwürdigkeit*), uma vez que o funcionário competente (*Landtafelbeamte*) controlava o título e o direito do disponente (princípio da legalidade).

As *Landesordnungen* de Fernando II, de 1627 para a Boémia, e de 1628 para a Morávia, consagraram e refinaram os princípios anteriormente adquiridos que passaram a assumir maior importância com a Lei de Fernando II, de 1640.

Em 22 de Abril de 1794, foi promulgada a Lei Hipotecária austríaca que, impondo a eficácia constitutiva da inscrição, introduziu neste território, então pertencente ao Sacro Império Romano-Germânico, o Registo principal (*Hauptbuch*), tendo em vista agilizar a possibilidade de conhecer o complexo de direitos que onerasse determinado bem imóvel. Com o livro principal foi instaurado o sistema de fólhos e rubricas separadas e distintas para cada um dos imóveis, onde passaram a constar os elementos relativos à sua situação jurídica, enquanto os precedentes Registos davam publicidade aos títulos

documentais (*Instrumenten; Urkundenbücher*). Desta forma, por um lado, conseguiu-se, efectivamente, tornar mais célere o conhecimento sobre o complexo de direitos que oneravam determinado imóvel; e, por outro, fortaleceu-se a confiança no Registo, uma vez que o objecto da publicidade deixou de ser o negócio modificativo da situação jurídica do imóvel, passando a ser o resultado do controlo efectuado pelo juiz tabular quanto à ocorrência da modificação jurídico-real.

O Código austríaco de 1811 (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Osterreichs*), ainda vigente, adoptou o sistema do *Landtafen* e dos Registos fundiários, sem modificações substanciais, reafirmando, no § 431, a eficácia constitutiva da inscrição (*Einverleibung*).

O sistema austríaco foi, depois, integrado, através da Lei Geral austríaca de 25-07-1871 e respectivo regulamento de 1872, por normas relativas à organização e à realização do Registo¹; lei esta que após várias reformas acabou por dar origem à *Grundbuchsgesetz (GBG)* de 1955, actualmente em vigor.

Consequentemente, o sistema tabular ou do livro fundiário (*Landtafen*) permanece em vigor na Áustria². Assim, neste país, para a aquisição derivada de direitos reais não é suficiente o título ou acordo de vontades entre as partes³. De facto, segundo o § 380

1 – Data na qual a Áustria já não pertencia à Confederação Germânica. Pois, como se sabe, em 1866 ocorreu a Guerra Austro-Prussiana, na qual a Itália e a Prússia em pouco tempo derrotaram a Áustria e, em consequência, a Confederação Germânica foi dissolvida. A Prússia formou, então, uma nova confederação sem a Áustria – a Confederação da Alemanha do Norte – tendo a Áustria sido excluída e permanecendo, daí por diante, fora dos assuntos alemães.

2 – Sobre o sistema tabular austríaco vide, entre outros: BÖHM, *Sachenrecht, Allgemeiner Teil*, Wien, LexisNexis-Verl. ARD Orac, 2003; DEMELIUS, *Österreichisches Grundbuchsrecht, Entwicklung und Eigenart*, Wien, Manz, 1948; DITTRICH/ANGST/AUER, *Das österreichische Grundbuchsrecht*, 3. Aufl., Wien, Manz, 1979 e *Grundbuchsumstellungsgesetz*, Wien, Manz, 1981; DITTRICH/NAGY, *Das österreichische Grundbuchsrecht*, Wien, 1962; EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht, Das Sachenrecht*, 2. Aufl., Wien, Manz, 1957; FRANZ TRIEBEL, *Materielles Grundbuchsrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1938; FEIL, *Österreichisches Grundbuchsrecht*, ob. cit.; *idem*, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. III, Eisenstadt, Prugg, 1977; FEIL/MARENT/PREISL, *Grundbuchsrecht*, Wien, Linde, 2005; KLANG, *ABGB – Klangs Kommentar*, II, Wien, Springer, 1998; KOZIOL/BYDLINSKI/BOLLENBERGER, *ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Wien-New York, Springer, 2006; KOZIOL/WELSER, *Bürgerliches Recht*, II, 13. Aufl., Wien, Manz, 2002; IRO, *Bürgerliches Recht IV, Sachenrecht*, 2. Aufl., Wien/New-York, Springer, 2002; RUDOLF KAINDL, *Project – National Report – AUSTRIA*, [on-line] consultado em 16 de Outubro de 2006. Disponível: <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/Real%20Property%20Law%20Project/Austria.doc>; SCHNITZER/FAISTENBERGER/BARTA/CALL, *Österreichisches Sachenrecht*, Wien, 1998; UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, Breitkopf und Haertel, 1876; WELSER, in *Rummel Kommentar zum ABGB*, I, Wien, Manz, 1983; *Grundbucheintragung*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2005. Disponível: <http://www.help.gov.at/content.Node/60/Seite.600200.html>; *The Austrian Land Book (Grundbuch)*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2005 em 16 de Novembro de 2005. Disponível: <http://www.eurocadastre.org/pdf/auer.pdf>; Vários, *Online Lehrbuch Zivilrecht*, [on-line] consultado em 1 de Novembro de 2007. Disponível: <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/autorenliste.html>.

3 – No ordenamento jurídico italiano convivem – embora em zonas territorialmente diversas – dois sistemas de publicidade imobiliária: o da transcrição e o do livro fundiário.

O primeiro vigora na generalidade do território italiano, é um sistema de título, segundo o qual os direitos reais se constituem, modificam e extinguem por mero efeito do contrato (cfr. arts. 1376 e 2644 do Código Civil Italiano), e o registo (*trascrizione*) é apenas condição de oponibilidade dos direitos em face de terceiros – excepção feita à hipótese prevista no 2º parágrafo do art. 2808 do Código Civil. O segundo nas zonas pertencentes ao império Austro-húngaro antes da I Guerra Mundial.

Ou seja, o sistema do livro fundiário vigora em Itália em toda a Província de Trieste, Gorizia, Trento e Bolzano, em duas comunas do distrito fiscal de Salò, na Província de Brescia, em algumas comunas dos distritos fiscais de Cervignano del Friuli, Palmanosa e Pontebba, na Província de Udine e em duas comunas do distrito fiscal de Asiago, na Província de Vicenza. Nestes territórios, por força do art. 2 do *Regio Decreto* de 4 de Novembro de 1928 n. 2325, foi inicialmente mantida em vigor a legislação austríaca, constituída essencialmente pela Lei Geral sobre os Livros Fundiários de 25 de Julho de 1871, n.º 95, B.L.I., pela Lei de 25 de Julho de 1871, n. 96, B.L.I. e pela Lei de 6 de Fevereiro de 1869, n. 18, B.L.I.. Posteriormente, o *Regio Decreto* de 28 de Março de 1929, n. 499, veio regular *ex novo* a matéria, mas salvaguardou as normas pré-existentes não incompatíveis, sendo, consequentemente, redigido o

do Código Civil Austríaco não se pode adquirir a propriedade sem título – *iusta causa* – e legítimo modo de adquirir – *modus acquirendi*”.

O título, na aquisição derivada, pode ser o contrato, a disposição mortis causa, a decisão judicial ou a disposição legal.

O *modus acquirendi*, para os imóveis, segundo o § 431, do mesmo corpo legal, e o § 4 da GBG, é a *Einverleibung* ou *Intabulation*, ou seja o registo, que, como se verá, supõe a celebração de um prévio negócio real (*Verfügungsgeschäft*)^{4,5}.

Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari.

Por fim, refira-se que o Regio Decreto de 28 de Março de 1929, n. 499 e o *Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari* ainda hoje se mantêm em vigor, com as modificações introduzidas pela Lei de 4 de Dezembro de 1956, n. 1376, pela Lei de 29 de Outubro de 1974, n. 594, pela Lei de 8 de Agosto de 1977, n. 574, pelo Dec.-Lei de 31 de Dezembro de 1996, n. 669, pela Lei de 28 de Fevereiro de 1997, n. 30, pelo Decreto legislativo de 19 de Fevereiro de 1998, n. 51 e pela Lei de 24 de Novembro de 2000, n. 340.

4 – No que diz respeito à sucessão *mortis causa* a título de herdeiro, dispõe, ainda, o § 797 do ABGB que ninguém pode adquirir a posse de uma herança com base na sua própria e exclusiva decisão, uma vez que o direito de suceder ao *de cuius* tem de ser reconhecido judicialmente e é ao tribunal que compete proceder à entrega da herança (*Einantwortung*).

Acresce que, segundo o § 819 do ABGB, após o tribunal se pronunciar sobre a aceitação da herança, de reconhecer a qualidade de herdeiro a determinada pessoa e de esta cumprir as obrigações (v.g. obrigações decorrentes de eventuais disposições testamentárias e obrigações fiscais) que sobre si passam a impender, a herança deve-lhe ser entregue e terminar o processo sucessório, mas o herdeiro só virá a adquirir a propriedade dos bens imóveis se der cumprimento ao § 436 do ABGB.

Ora, o § 436 do ABGB, ao regular a hipótese em que a transferência da propriedade se funda na *Einantwortung*, ou seja, na entrega da herança, exige expressamente a *Einverleibung* ou entabulação, enquanto *modus acquirendi* para a aquisição derivada das coisas imóveis, de acordo com o prescrito no § 431 do ABGB.

No entanto, a verdade é que quer a doutrina quer a jurisprudência austríaca têm negado ao registo, nesta hipótese, carácter constitutivo, tendo reconhecido ao mesmo meros efeitos declarativos, afirmando que o herdeiro adquire a posse e a propriedade com o trânsito em julgado da sentença que decreta a entrega da herança (*Einantwortung*) e põe termo ao processo sucessório, ou seja, afirmando que na sucessão *mortis causa* o título é o testamento, a disposição *mortis causa* ou a disposição legal e que o *modus* é a *Einantwortung*. Sobre esta questão vide, por todos: HELMUT BÖHM, *Lehre von Titel und Modus*, [on-line] consultado em 15 de Novembro de 2006. Disponível: http://zivilrecht2.uibk.ac.at/online_lehre/zivilonline/sachenrecht/titel_modus.html.

Refira-se que esta posição já era defendida por RANDA em 1893, cfr. RANDA, *Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht*, Leipzig, 1983, § 17, p. 389-90, *apud*, GIOVANNI CERVALI, “Libri Fondiari”, loc. cit., p. 904, nota 4.

5 – Em relação aos territórios da Itália onde vigora o sistema do Livro Tabular, cfr. o art. 2 do Régio Decreto n. 499 de 28 de Março de 1929, no que diz respeito às aquisições derivadas, voluntárias, *inter vivos*.

Quanto a todas as outras formas de aquisição (sucessão *mortis causa*, expropriação, aquisição em venda ocorrida num processo de execução, usucapião, etc.) cumpre referir que em Itália são eficazes independentemente da entabulação, traduzindo-se, portanto, em formas de aquisição extratabular. Porque assim é, o correspondente assento visa, por um lado, “apenas” consolidar a eficácia *erga omnes* anteriormente adquirida em face de “terceiros” que pudessem vir a beneficiar do princípio da fé pública registal (a inscrição assume, assim, mera eficácia declarativa). E, por outro, legitimar o adquirente do direito real a alienar ou onerar, uma vez que, enquanto a inscrição registal não ocorrer o titular do direito real estará impedido de o fazer de acordo com o princípio da continuidade da inscrição ou do trato sucessivo.

Sobre o sistema tabular vigente em Itália vide, entre outros: ARTURO PICCIOTTO, *Lineamenti generali del sistema tabulare, principali differenze com il sistema della trascrizione, e procedimento in affari tabulari*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2006. Disponível: <http://www.tribunaletrieste.it/documenti/relazioni>; BASSI, Cenni storici sull’istituto del libro fondiario, *Rivista di Diritto Tabulare*, 2, p. 8 e ss.; BRESCH, *Le Nuove Leggi sui Libri Fondiari per la Venezia Giulia e Tridentina*, Padova, Cedam, 1932; FERRI, Doppia alienazione immobiliare e buona fede nel sistema dei libri fondiari, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1951, p. 1136 e ss.; GABRIELLI/TOMMASEO, *Commentario della Legge Tabulare*, Milano, Giuffrè, 1999; GASSER, *L’Istituto del Libro Tabulare nelle Nuove Province*, Trieste, Bibl. giuridica dell’Osservatorio Triestino, 1932; GIANLUCA SICCHIERO, *La Trascrizione e l’Intabolazione*, Torino, 1993, p. 229 e ss.; *idem*, La «fede» dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario, *Contratto e Impresa*, 1994, p. 419 e ss.; GIOVANNI CERVALI, Libri Fondiari, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, UTET, 1963, p. 901 e ss.; GIOVANNI GABRIELLI, Libri Fondiari, in *Novissimo Digesto Italiano*, Apêndice, vol. IV, IMPR-MIG, Torino, UTET, 1983, p. 950 e ss.; LOPEZ MENDEL, Sentido social de las instituciones inmobiliario-registrales de la propiedad en Austria, *Revista de Derecho Privado*, 1963, p. 226 e ss.; LUIGI MENGONI, L’azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari, *Rivista di Diritto Civile*, 1972, p. 130 e ss.; *idem*, L’azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari, *Rivista di Diritto Civile*, 1972, I, p. 141; *idem*, Risoluzione per inadempimento e terzi subacquirenti, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1948, p. 300 e ss.; QUARANTOTTO, *L’Istituto del Libro Fondiario Overo Il Sistema Tabulare di Pubblicità Vigente nelle Nuove Province d’Italia*, Trieste, Stab. Tip. Naz., 1963; *idem* *Manuale della Legislazione Tabulare*, 3. ed., Trieste, Stab. Tip. Naz., 1962; ROBERTO TRIOLA, *Della Tutela dei Diritti – La Trascrizione*, ob. cit., p. 299 e ss.; *Il Sistema Tabulare o del Libro Fondiario*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2005. Disponível: http://www.regione.taa.it/giunta/librofondario_it/tabulareint.htm; SERVIZIO DEL LIBRO FONDIARIO, *La pubblicità immobiliare nel sistema del libro fondiario*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2005. Disponível: http://www.regione.fvg.it/istituzionale/uffici/solotesto/libro_cs.htm; *Sistema Catasto – Tabulare*, [on-line] consultado em 16 de Novembro de 2005. Disponível: <http://www.agraria.org/estimo%20economia/catastotabulare.htm>; VOGLI,

Refira-se que também não produz qualquer efeito a modificação ou extinção dos *supra* referidos direitos sem a relativa inscrição⁶.

No ordenamento jurídico austríaco, a alienação ou oneração e extinção, *inter vivos* e voluntária, de um direito real sobre um imóvel depende da verificação de três elementos:

a) Um negócio obrigacional válido (venda, permuta, doação, etc.), dito «negócio fundamental» – o título = *iusta causa*; este produz efeitos meramente obrigacionais, carecendo, em absoluto, de transcendência real (§ 1053 do *ABGB*).

b) Um distinto negócio de disposição, dito «negócio real» (*Verfügungsgeschäft*), com o qual as partes, em execução ou cumprimento do negócio obrigacional, acordam sobre a constituição, transferência, modificação ou extinção do direito real em causa; negócio real este cuja validade depende da validade do negócio fundamental (§ 433 do *ABGB*)⁷.

c) A entabulação/extabulação no livro fundiário do direito, o que supõe o consentimento do até ali titular registral⁸.

Negócio real e entabulação/extabulação concorrem na formação do modo de aquisição⁹⁻¹⁰.

Tecnologie Informatiche e Regime di Pubblicità dei Beni Immobili, Padova, Cedam, 2002, p. 158.

6 – A inscrição (*Einverleibungen*) traduz-se no registo incondicionado de um direito (entabulação) ou de um cancelamento (extabulação), que tem por efeito a aquisição, a modificação ou a extinção de direitos tabulares (propriedade, servidão, usufruto, uso, habitação, superfície, hipoteca ...).

7 – É, assim, um negócio real e causal: real, pois a sua única finalidade é a mutação jurídico-real; causal, pois a sua existência, validade e eficácia dependem do negócio obrigacional.

8 – Para que ocorra a entabulação de um direito é necessário que o alienante ou onerante esteja previamente inscrito no Registo e que seja apresentado acto autêntico ou escritura privada que legitime tal inscrição (documento tabular). Por outro lado, o documento tabular deve compreender a cláusula tabular, ou seja, a declaração de consentimento para a inscrição, proferida por quem até ali constou como titular registral; quando tal não ocorra, a declaração pode ser prestada em face do responsável pelo Registo (cfr. § 433 do *ABGB*).

Refira-se que, quando o referido consentimento é prestado através de cláusula de entabulação constante do contrato, existe a possibilidade de o alienante ou onerante de revogar enquanto não for emitido o decreto tabular. Tal possibilidade só é afastada quando o adquirente obtém uma prenotação, de acordo com o § 35 da *GBG* ou solicita a justificação através de uma sentença que supra a falta de consentimento do alienante ou onerante.

9 – Estamos, assim, perante num sistema de título e modo sendo este complexo: uma vez que não se reduz, contra o que poderia pensar-se, à inscrição; envolve, também, o negócio real de execução.

MENGGONI, L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari, loc. cit., p. 130, nota 1, contesta *inclusive* a afirmação feita, em geral pelos Autores germânicos, segundo a qual o direito austríaco não exige, para a transferência de direitos reais sobre os bens imóveis, um negócio real (*dingliche Einigung*) distinto do negócio obrigacional fundamental; contesta ainda a afirmação de que fora de um ordenamento, como o germânico, inspirado no princípio da abstracção das transferências patrimoniais, o requisito da *Einigung* perde qualquer justificação funcional, uma vez que num ordenamento que consagre o princípio da causalidade a separação do acto de disposição em face do negócio obrigacional deixa de ter relevância, na medida em que a inexistência ou invalidade deste afecta sempre os efeitos translativos daquele.

10 – Diversamente, de acordo com o art. 2 do *Regio Decreto* de 28 de Março de 1929, n. 499, no sistema do livro fundiário vigente em Itália, o acto de disposição é absorvido pelo negócio obrigacional. De facto, por exemplo, quem vende ou doa um imóvel, sujeito à publicidade do livro fundiário, não se obriga apenas; manifesta, também, a vontade de transferir ou constituir o direito. O negócio é, simultaneamente, obrigacional e dispositivo, não obstante não ser suficiente para produzir o efeito real e ser necessário o registo. Assim, ocorre uma simplificação do processo de transmissão, constituição e modificação dos direitos reais, reduzindo-se os seus elementos a dois, uma vez que o modo não é complexo: o negócio obrigacional (com o qual se perfecciona também o acordo das partes quanto à transferência, constituição ou modificação do direito) – o título; a inscrição do direito no livro fundiário – o modo.

Por outro lado, em Itália, como o acto dispositivo é absorvido pelo negócio obrigacional, não se exige que o proprietário inscrito profira qualquer declaração de consentimento para que possa ocorrer a modificação do estado tabular. De facto, uma vez identificada a vontade de transferir, constituir ou modificar o direito e, assim, de consentir a inscrição a favor do adquirente, com a vontade de vender,

Tal não implica, obviamente, que o negócio fundamental ou mero acordo de vontades não produza, por si só, qualquer efeito; ele gera um direito com eficácia obrigacional que pode ser exercido pelo futuro adquirente no confronto do seu devedor, dos sucessores a título universal ou de quem tenha adquirido deste a obrigação correspondente.

Acresce que, embora o negócio fundamental não tenha a virtualidade de alterar a situação jurídico-real, assume a função de *iusta causa* justificativa da referida alteração (§ 433 do *ABGB* e § 26 II da *GBG*), que só virá a ocorrer com o negócio real de execução e registo no livro fundiário.

O mesmo é dizer que, o sistema austríaco, não obstante ter rejeitado o sistema do título e o princípio da consensualidade, adoptou o princípio da causalidade (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), afastando-se, assim, do sistema germânico.

O registo, por seu turno – não obstante ter efeitos constitutivos, pois dele depende a existência do direito, enquanto direito real –, na ausência de um negócio obrigacional e de um negócio real válido e procedente não tem a virtualidade de, por si só, criar o direito¹¹.

2. Características do sistema tabular ou do livro fundiário

Em traços largos, podem apontar-se ao sistema do livro fundiário as seguintes características:

1) O sistema é de fólio real, uma vez que o registo é organizado em torno do imóvel que deve ser individualizado com a máxima exactidão. Tal permite dar a conhecer os direitos que têm por objecto o prédio, mais do que os factos jurídicos que determinam as vicissitudes de tais direitos.

de doar, etc. manifestada no negócio fundamental, deixa de fazer sentido subordinar a concessão do decreto tabular ao pressuposto formal de uma declaração escrita de assentimento do actual proprietário.

11 – O processo de registo inicia-se com apresentação do pedido, formulado pelas partes do acto ou por uma autoridade competente (contendo os elementos indicados nos §§ 84 e 85 da *GBG*) ao juiz tabular, acompanhado do título original ou de cópia autêntica (§§ 87 e 88 da *GBG*).

O juiz tabular decide mediante decreto, com base no estado tabular existente no momento da apresentação do pedido, e acolhe ou recusa a pretensão, sem que sejam ouvidas as partes (§ 95 da *GBG*) tendo em conta, pelo menos, as condições previstas no § 94 da *GBG* (inexistência de obstáculos à dita inscrição; inexistência de alguma dúvida justificada sobre a capacidade de disposição; justificação do pedido perante o conteúdo dos documentos juntos; etc.).

Com base no decreto que colhe a pretensão procede-se à realização do assento no livro fundiário

Caso o pedido seja no todo ou em parte recusado, o juiz tabular no respectivo decreto (que deve ser anotado de acordo com o § 99 e ss.) deve indicar todos os motivos que obstaram ao acolhimento do pedido (com vista a facilitar um futuro recurso).

O decreto do juiz tabular, de acordo com os §§ 118 e 119 da *GBG*, deve ser notificado, com vista a possibilitar um eventual recurso:

- ao requerente ou àquele a favor de quem se efectua a inscrição, se o pedido não foi apresentado por si ou por seu representante;
- ao titular do direito tabular transferido, modificado ou extinto;
- àquele contra quem se realiza uma anotação;
- no caso de cancelamento total ou parcial de uma inscrição, também a todos a favor de quem tenham sido inscritos, sobre o direito cancelado, ulteriores registos de entabulação ou prenotação;
- no caso de entabulação ou prenotação através das quais sejam transferidos direitos já inscritos a favor de terceiras pessoas, também ao proprietário do imóvel.

A omissão ou a irregularidade da notificação não afecta, todavia, a validade da inscrição tabular (§ 121 da *GBG*).

Este sistema constitui um verdadeiro e próprio “estado civil dos bens imóveis” na medida em que dos respectivos registos resultam todas as vicissitudes de circulação de que os mesmos tenham sido objecto - §§ 2, 3 e 4 da BGB (princípio da especialidade).

2) O efeito do registo não é tanto a oponibilidade ou inoponibilidade em relação a terceiros, como o carácter constitutivo que atribui à inscrição, e mais concretamente à entabulação, quando em causa estejam actos tendentes à constituição, transmissão, modificação e extinção de direitos reais em geral sobre bens imóveis – § 431 ABGB e § 4 da BGB – (princípio da inscrição).

A inscrição no registo é indispensável para que se opere a constituição, transmissão ou modificação previamente acordada, pois é por ela que se exterioriza *erga omnes* a mudança jurídica ocorrida, provocando o ingresso de uma nova titularidade no mundo registal.

Por outro lado, a perda da propriedade apenas se produz com o cancelamento do registo (§ 444 *in fine*).

3) Quando em causa esteja uma aquisição derivada e o título seja um contrato, como já referimos, a inscrição no registo tem por base esse negócio, gerador de obrigações entre as partes (p. ex.: compra e venda), que há-de existir, ser válido e procedente – § 433 do ABGB e o § 26 II da BGB.

4) O título com base no qual é solicitado o registo está sujeito a um penetrante controlo dos requisitos – não apenas de forma mas, também, em certa medida, de substância – controlo esse que compete aos juízes e não à administração pública – §§ 102 e ss. da GBG (princípio da legalidade).

5) É feita uma aplicação rígida do princípio da continuidade, por força do qual nenhum acto registal é praticado, nem sequer com efeito de prénotação/pré-inscrição, se não existe¹² ou já não subsiste aquele registo que constitui o seu antecedente lógico – § 21 da GBG (princípio do trato sucessivo).

6) Uma nova inscrição só pode ser efectuada havendo a intervenção do anterior titular inscrito – § 433 do ABGB (princípio do consentimento).

7) O processo de registo só se desencadeia, em princípio, a pedido de uma das partes ou de uma autoridade competente. A actividade oficiosa não constitui a regra e, por isso, apenas tem lugar quando existe comando legal que a consinta – § 76 da GBG (princípio da instância).

12 – Ou se, pelo menos, não é realizado contemporaneamente aquele registo que constitui o seu antecedente lógico.

8) O registo gera a presunção, *iuris tantum*, da existência, eficácia e da titularidade do direito real; presunção que encontra o seu fundamento no princípio da legalidade, do trato sucessivo e do consentimento, mas que cessa logo que exista declaração judicial de inexistência ou invalidade do título jurídico – Princípio da legitimidade¹³.

9) É concedida uma intensa tutela ao terceiro de boa fé que haja adquirido direitos, por negócio jurídico ou não¹⁴, a título oneroso ou gratuito, de quem, de acordo com o registo, aparece como titular, quer no confronto de quem impugna o título aquisitivo do alienante (§ 63 da GBG), quer no confronto de titulares de direitos adquiridos à margem do registo, por exemplo, mediante a usucapião, sempre que tais titulares não tenham solicitado, atempadamente, a anotação da acção judicial tendente à apreciação positiva da sua situação jurídica (§ 1500 da ABGB e § 71 da GBG) – Princípio da fé pública¹⁵.

Para que a fé pública proteja plenamente o terceiro, têm de estar verificados dois pressupostos. Um, de carácter objectivo, consiste em que do próprio registo não resulte a sua inexactidão nem conste uma anotação de uma acção de impugnação ou de cancelamento de um assento. Outro, de carácter subjectivo, diz respeito à boa fé do terceiro, que é necessária, pois se carecer dela pode sempre ser prejudicado¹⁶.

13 – Tal presunção, porque *iuris tantum*, pode ser afastada através de sentença judicial que declare a inexistência do título jurídico ou que o invalide e seja seguida pelo cancelamento da inscrição registal, bem como de uma sentença judicial que julgue procedente uma acção de cancelamento fundada num vício do decreto que haja fundamentado a inscrição (cfr. §§ 21, 28 e 61 da GBG).

14 – Ao contrário do que ocorre, como vimos no sistema germânico, onde apenas é protegido o terceiro que haja adquirido mediante negócio jurídico.

15 – Assim, o sistema tabular, além de desempenhar a função negativa típica dos ordenamentos de cepo latino que consiste na garantia oferecida ao titular registal de que o não registado perante si não existe, desempenha ainda uma função positiva, pois protege aquele que adquiriu de boa fé do titular registal mesmo que o título aquisitivo deste padeça, afinal, de vícios, isto após o decurso do prazo de recurso. E também protege aquele que adquiriu de boa fé do titular registal perante quem adquiriu à margem do registo e não solicitou, atempadamente, a anotação da acção judicial tendente à apreciação positiva da sua situação jurídica.

16 – Quanto a este segundo pressuposto, segundo o § 63 da GBG a tutela da fé pública só deve proteger quem adquiere conhecendo apenas a situação revelada pelo livro fundiário, acreditando que esta corresponde à situação real e quando não lhe seja exigível, de acordo com as regras da prudência, que conhecesse a discrepância existente entre a situação registal e extra-registal; a fé pública não deve estender-se a quem inscreveu a sua “aquisição” tendo conhecimento ou desconhecendo culposamente a situação real diversa da tabular. A boa fé exigida é, assim, a boa fé em sentido ético. De má fé está, não só quem conhece a incorrecção do registo, mas também quem, naquelas circunstâncias, teria de presumir a incorrecção.

Não obstante o referido, cabe salientar que o problema da exigência da boa fé – quer em sentido ético quer em sentido psicológico – não se coloca nunca na hipótese de alienação do mesmo imóvel, pelo mesmo *dante causa* (o titular registal), a mais do que um sujeito. De facto, nesta hipótese o conflito resolve-se a favor daquele que primeiro solicitou a inscrição no livro fundiário, independentemente do seu estado subjectivo (de boa ou má fé), sendo a relevância do elemento psicológico afastada, por um lado, em virtude do silêncio da lei e, por outro, porque é incompatível com o espírito e a estrutura do sistema de inscrição tabular.

Neste sistema, a hipótese de dupla alienação perde relevância, pois o não inscrito não é o inoponível face a terceiros mas sim o que não existe enquanto direito real. De facto, quando um mesmo imóvel é alienado sucessivamente a duas pessoas, aquele que adquiriu por último mas registou primeiro prevalece, não porque tenha adquirido daquele que constava no registo como titular do direito, mas porque não tendo sido perfeccionada a alienação precedente, na realidade, adquiriu de quem continuava efectivamente a ser o proprietário do imóvel. Tratando-se de uma alienação feita por quem tem o poder de dispor do direito, e não de uma alienação de coisa alheia, o estado subjectivo de boa ou má fé do adquirente é irrelevante (§ 440 do Código Civil austríaco e § 4 da GBG). O “segundo” (e verdadeiro) adquirente não invoca, nesta hipótese, que confiou numa situação tabular aparente desconforme com o direito e, portanto, não faz qualquer sentido exigir-lhe boa fé.

A situação tabular ao não publicitar a primeira alienação não publicita uma realidade diversa da juridicamente existente, uma vez que a falta da inscrição impossibilitou a transmissão, consequentemente, mesmo que o “segundo” (e verdadeiro) adquirente no momento em que celebra o negócio fundamental tenha conhecimento do vínculo existente entre o seu *dante causa* e o terceiro tal não comporta a sua má fé, uma vez que tem apenas conhecimento de um outro vínculo obrigacional, e duas convenções de idêntico conteúdo obrigacional podem coexistir sem estarem viciadas – podem é, eventualmente, gerar responsabilidade patrimonial do *dante causa* comum.

Refira-se, ainda a propósito deste segundo requisito, que, não obstante, por um lado, todos os documentos (que constituem a prova do direito e que sustentam a realização do assento registal) serem arquivados no próprio Registo – passando a formar a colecção de documentos (Urkundensammlung) – e, por outro, o § 5 da GBG permitir que no livro principal se realize uma remissão para um

Por fim, cumpre recordar que, ao contrário do que ocorre no sistema alemão, o terceiro adquirente de boa fé não é protegido imediatamente. Efectivamente, a aquisição (*a non domino*) do terceiro só se torna firme depois de prescrita a acção concedida ao verdadeiro proprietário para cancelar a inscrição tabular. Assim, a protecção concedida ao terceiro de boa fé deriva da aquiescência manifestada, pela inércia, do interessado em contestar a inexactidão registral durante o prazo legalmente previsto que, como veremos, depende do facto de o interessado ter ou não sido notificado da entabulação que pretende impugnar.

3. Análise do sistema tabular ou do livro fundiário

I) Os livros de registo

É geralmente designado com o nome de livro fundiário¹⁷ o complexo de registos, actos e documentos, que recolhe e revela, em relação aos imóveis, o estado jurídico dos mesmos, com expressa menção das variações de facto e de direito que vão ocorrendo ao longo dos tempos.

O livro fundiário (*Grundbuch*) – hoje constante de uma base de dados articulada com o cadastro – subdivide-se nos seguintes livros: o livro principal (*Hauptbuch*) e o livro de documentos (*Urkundenbuch*).

O livro principal (*Hauptbuch*) é o livro fundiário propriamente dito, onde devem ser matriculados todos os imóveis segundo a ordem pela qual figuram no cadastro e de acordo com os elementos constantes deste. A cada imóvel, ou conjunto de imóveis que formem uma unidade económica, é destinado um capítulo com um número de ordem. Ou seja, diversamente dos registos imobiliários de base pessoal, o livro fundiário é estruturado sobre uma base real.

A consistência do capítulo tabular só pode ser modificada com a incorporação ou desincorporação de imóveis individuais ou de fracções dos mesmos.

O desaparecimento da base real de um determinado capítulo tabular determina o seu cancelamento; é o que ocorre quando o imóvel tenha deixado de ser objecto da publicidade tabular por efeito, por exemplo, de uma expropriação por utilidade pública.

aspecto de natureza real contido nos documentos, indicando a cláusula exacta que, assim, beneficiará da mesma eficácia que teria caso constasse da inscrição registral, a maioria da actual doutrina e da jurisprudência assinala que a obrigação de consultar os documentos – enquanto pressuposto para beneficiar do funcionamento do princípio da fé pública – é excepcional e encontra-se reduzida a três hipóteses: a) se for realizada a remissão; b) se houver suspeita de que o conteúdo do documento não coincide com o Registo; c) se a consulta for usual.

17 – Na verdade na Áustria existem três espécies de livros fundiários: o *Grundbuch* para os imóveis que não estão fora do comércio jurídico – é a este livro que fazemos referência no texto; o *Eisenbahnbuch* para as linhas-férrreas, aí se inscrevem todos os terrenos pertencentes a uma empresa ferroviária; o *Bergbuch* para as minas, onde se inscrevem todas as concessões mineiras e os relativos direitos reais.

Cada capítulo tabular é composto por um cabeçalho ou índice e por 3 fólios ou secções, assinalados com a letra A, B, C¹⁸.

No cabeçalho ou índice consta: o nome e código da área cadastral do imóvel¹⁹; o número registal do imóvel; a identificação do Tribunal que emitiu o decreto que serviu de base ao registo; a data da apresentação; o número que diz respeito à última alteração registal; etc.

O fólio A, denominado «fólio de consistência», é repartido na secção A/1 e A/2. Na primeira constam os dados relativos à identificação do imóvel (v.g. número do lote ou parcela; tipo de imóvel; partes componentes; área em m²; endereço; etc.); na segunda constam as alterações do imóvel por efeito de incorporações ou desincorporações, e, caso o imóvel corresponda a um edifício sujeito à propriedade horizontal, a descrição das partes em propriedade exclusiva.

O fólio B, denominado «fólio da propriedade», contém a entabulação do direito de propriedade individual ou em comunhão, com indicação dos respectivos títulos justificativos, a identificação do titular do direito (nome, data de nascimento, endereço, etc.), bem como as limitações ao livre exercício de tal direito (por exemplo: interdição; inabilitação; falência; etc.). Caso o capítulo tabular compreenda um edifício em condomínio, para este último deve ser utilizado um fólio autónomo.

O fólio C, chamado «fólio dos gravames», deve indicar todos os direitos reais que oneram a propriedade do imóvel (servidão, usufruto, hipoteca, etc.) ou as limitações ao poder de disposição por efeito de penhora de sequestro ou por efeito de cláusulas contratuais (p. ex. pacto de indivisão). Caso o capítulo tabular compreenda um edifício em condomínio, para este último deve ser utilizado um fólio autónomo.

O livro de documentos (*Urkundenbuch*) é organizado por anos e dele constam as cópias autênticas dos títulos que serviram de fundamento à inscrição no livro fundiário, estando estas inseridas por ordem cronológica, através do número e da data do jornal tabular relativo a cada uma das inscrições.

O livro em apreço é conservado no Tribunal em que foram entregues os documentos.

Ambos os livros, tal como o mapa cadastral (*Grundbuchmappe* ou *Katastralmappe*), são públicos, no sentido que qualquer pessoa pode aceder às informações nele contidas,

18 – Sobre este ponto, vide: “The Austrian Land Book (*Grundbuch*)”, in <http://www.eurocadastre.org/pdf/auer.pdf>. e “*Grundbuchseintragung*”, in <http://www.help.gov.at/content.Node/60/Seite.600200.html>.

19 – Existe uma clara conexão entre o livro fundiário e o cadastro devendo estes estar em perfeita concordância, não podendo, por isso, alterar-se a descrição do imóvel constante do registo sem prévia alteração cadastral, nem alterar-se o titular cadastral/titular para efeitos fiscais enquanto não ocorrer uma mutação do titular registal inscrito.

desde que saiba o nome ou número da área cadastral²⁰ e o número registral do imóvel em questão.

II) Assentos registrais

Os assentos no livro fundiário (*Grundbuch*) distinguem-se, atendendo ao seu conteúdo, segundo o § 8 da BGB, em inscrição, prénotação ou pré-inscrição e anotação.

a) A **inscrição** (*Einverleibungen*) traduz-se no registo incondicionado de um direito (entabulação) ou de um cancelamento (extabulação), que tem por efeito a aquisição, a modificação ou a extinção de direitos tabulares (propriedade, servidão, usufruto, uso, habitação, superfície, hipoteca...) ²¹.

Para que ocorra a inscrição de um direito é necessário que o alienante ou onerante esteja previamente inscrito no registo e que seja apresentado acto autêntico ou escritura privada que legitime tal inscrição (documento tabular). Por outro lado, o documento tabular deve compreender a cláusula tabular, ou seja, a declaração de consentimento para a inscrição, proferida por quem até ali constou como titular registral; quando tal não ocorra tal declaração pode ser prestada em face do responsável pelo registo.

b) A **prénotação** ou **pré-inscrição** (*Vormerkungen*) é o registo condicionado de um direito ou de um cancelamento, tem por efeito a aquisição a modificação ou a extinção de direitos tabulares sob condição de que venham posteriormente a ser justificados.

Trata-se de um regime aplicável a uma *fattispecie* civilisticamente já perfeita mas temporariamente desprovida de um qualquer elemento exigido para fins de registo.

Se o acto ou sentença com base na qual se solicita a entabulação não tem todos os requisitos específicos de forma ou de eficácia prescritos para este tipo de registo (por exemplo, a sentença ainda não transitou em julgado ou o negócio consta de documento particular com assinatura não reconhecida, notarial ou judicialmente), mas tem uma causa justa e não padece de vícios visíveis, pode-se proceder à prénotação, a qual, verdadeiramente, é uma entabulação condicionada à superveniência daqueles requisitos de forma ou de eficácia em falta que tornam o título inidóneo à entabulação imediata (§ 35 da BGB e o § 438 do Código Civil austríaco).

Sendo solicitada a entabulação o juiz pode efectuar oficiosamente a simples prénotação ou pré-inscrição quando constate a falta de requisitos necessários para o

20 – Na ausência destes dados pode sempre recorrer-se ao mapa cadastral digital para localizar o imóvel e descobrir o número respectivo.

21 – Segundo o § 12 da BGB, a entabulação dos direitos, com excepção do direito de propriedade, deve indicar com toda a precisão o conteúdo e a extensão dos mesmos, a fim de assegurar a base real da publicidade imobiliária e com ela a fé sobre os dados revelados pelo livro fundiário.

registo incondicionado, pois existe a presunção *iusuris et de iure* que a solicitação daquela compreende também a solicitação desta, a menos que o requerente tenha expressamente excluído a prénotação (§§ 35 I e 85 III da BGB).

A prénotação, pela sua natureza, tem eficácia provisória, devendo ser sucessivamente justificada, transformando-se em tal caso em entabulação ou, caso contrário, cancelada.

A justificação é dada: por uma declaração, tendo todos os requisitos para a entabulação, proveniente daquele contra o qual foi registada a prénotação; por sentença transitada em julgado que declare justificada a prénotação; pelo trânsito em julgado da sentença que constituiu o título da pré-notação; pela definitividade do decreto injuntivo.

No momento da justificação a inscrição obtém plena eficácia constitutiva com efeitos *ex tunc*, ou por outras palavras, transforma-se *ex tunc* em entabulação com prejuízo para os direitos de terceiros registados após a data da prénotação²².

Se a prénotação é cancelada porque o direito pré-anoatado é declarado inexistente ou porque a prénotação é declarada injustificada ou porque aquele que a obteve renunciou a ela incondicionalmente, qualquer nova solicitação de nova prénotação deve ser recusada oficiosamente ou com base em simples solicitação da contraparte.

c) A **anotação** ou **menção** (*Anmerkungen*) não diz respeito a direitos reais e pode servir vários objectivos, entre os quais o de dar a conhecer certas condições pessoais (p. ex: a menoridade ou a interdição) ou certos actos ou factos que influenciam o poder de disposição do titular registal (p. ex. o sequestro; a pendência de uma acção judicial tendente ao cancelamento de uma inscrição; a reserva de prioridade para uma futura alienação ou constituição de uma hipoteca – *Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung*; etc.).

III) O procedimento

O processo de registo inicia-se com apresentação do pedido, formulado pelas

22 – O conceito de prénotação ou pré-inscrição do sistema do livro fundiário é muito diverso do direito alemão.

A *Vormerkung* do direito alemão não é uma inscrição com reserva obtida com base num título translativo, mas sim uma inscrição provisória concedida com base num título atributivo de um direito pessoal (direito de crédito ou potestativo) à transferência de um direito real; inscrição esta que tem por função assegurar o cumprimento da obrigação de transferir assumida pelo devedor.

Sobre a *Vormerkung* do direito alemão vide, entre outros: WESTERMANN, "Sachenrecht", 5.ª ed., Karlsruhe, 1951, § 84, VII, *apud*, HENRIQUE MESQUITA, "Obrigações reais e ónus reais", Coimbra, Almedina, 1990, nota 217, p. 263; LICHTENBERGER, "Die Vormerkung zur Sicherung Künftiger oder bedingter Ansprüche", NJW, 1977, p. 755 e ss.; KNÖPFLE, "Die Vormerkung", JuS, 1981, p. 157; BAUER, "Lehrbuch des Sachenrechts", 11.ª ed., Munique, 1981, § 20, I, 3; LENT/SCHWAB, "Sachenrecht", 19.ª ed., C.H. Beck'se Verlagsbuchhandlung, München, 1983, p. 61 e ss.; GURSKY, "§ 883 BGB", in: AA. VV., *Staudinger Kommentar zum BGB*, 12.ª ed., Berlin, Gruyter, 1987, p. 228; LARENZ, "Metodologia da Ciência do Direito", trad. port. da 5.ª ed. Alemã, por JOSÉ LAMEGO, Lisboa, 1989, p. 576; EKKEHARD ROSIEN, "Der Schutz des Vormerkungsberechtigten", Berlin, Carl Heymanns VerlagKG, 1994; MÜLBERT, «Der redliche Vormerkungserwerb», *AcP*, 1997, p. 335; LUZ MARÍA VELENCOSO, "La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la *Vormerkung*", in: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 657, Jan. de 2000, p. 669 e ss.; Mónica Jardim, "O Sistema Registral Germânico", *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXVIII, separata, Coimbra, 2002.

partes do acto ou por uma autoridade competente (contendo os elementos indicados nos §§ 84 e 85 da GBG²³), ao juiz tabular, acompanhado do título original ou de cópia autêntica (§§ 87 e 88 da GBG).

O juiz tabular decide mediante decreto, com base no estado tabular existente no momento da apresentação do pedido e acolhe ou recusa a pretensão, sem que sejam ouvidas as partes (§ 95 da GBG) tendo em conta, pelo menos, as condições previstas no § 94 da GBG (inexistência de obstáculos à dita inscrição; inexistência de alguma dúvida justificada sobre a capacidade de disposição; justificação do pedido perante o conteúdo dos documentos juntos; etc.).

Não podem ser ordenadas inscrições que não estejam compreendidas no pedido, mesmo que os documentos apresentados justifiquem um pedido mais amplo; igualmente, quando apenas é solicitada uma prenotação, não pode ser ordenada a entabulação, mesmo que esta seja possível (§ 96 da GBG). Todavia, caso seja solicitada a entabulação, o juiz tabular pode, como referimos, conceder a prenotação, a menos que a mesma tenha sido expressamente excluída pelo requerente (§§ 35 I e 85 III da GBG).

Com base no decreto que colhe a pretensão procede-se à inscrição no livro fundiário segundo uma das modalidades previstas no § 8 da BGG^{24, 25}.

Caso o pedido seja no todo ou em parte recusado²⁶, o juiz tabular no respectivo decreto (que deve ser anotado de acordo com o § 99 e ss.) deve indicar todos os motivos que obstaram ao acolhimento do pedido (com vista a facilitar um futuro recurso).

O decreto do juiz tabular, de acordo com os §§ 118 e 119 da GBG, deve ser notificado, com vista a possibilitar um eventual recurso:

- ao requerente ou àquele a favor de quem se efectua a inscrição, se o pedido não foi apresentado por si ou por seu representante;

23 – Segundo o § 84 o pedido deve conter: a indicação do tribunal competente; os elementos necessários à exacta identificação do requerente (nome, apelido, estado civil e residência); a designação das pessoas que devem ser notificadas e as respectivas residências.

O § 85, por seu turno, exige que do pedido conste: a exacta indicação do capítulo tabular onde se pretende que ocorra a inscrição o conteúdo da inscrição pretendida.

24 – Como a inscrição no livro fundiário só pode ocorrer com base no decreto tabular e de acordo com o conteúdo deste, quando, por qualquer causa, a inscrição não possa ser realizada em conformidade com o decreto, o registador tem o dever de solicitar ao juiz a sua rectificação – por exemplo, para tornar o texto do decreto inteligível ou para corrigir eventuais erros materiais que impeçam a inscrição em conformidade com o estado tabular (cfr. § 102 da GBG).

25 – Quando à execução da inscrição vide §§ 102 a 105 da GBG.

O § 104 regula as hipóteses de erro na execução da inscrição, fixando um regime diverso consoante: o erro seja descoberto antes de terminada a execução e, portanto, antes de o público ter acesso a qualquer informação errónea; o erro seja detectado depois de terminada a execução da inscrição no livro fundiário. Na primeira hipótese, o erro pode ser rectificado pelo próprio registador, não exigindo a lei um novo decreto do juiz tabular. Ao invés, na segunda hipótese, é necessário um decreto do juiz tabular para rectificar a inscrição e a referida rectificação não afecta os direitos que terceiros tenham adquirido com base na inscrição errónea.

26 – É o § 95 II da GBG que reconhece ao juiz a possibilidade de acolher/recusar apenas em parte o pedido.

- ao titular do direito tabular;
- àquele contra quem se realiza uma anotação;

- no caso de cancelamento total ou parcial de uma inscrição, também a todos a favor de quem tenham sido inscritos, sobre o direito cancelado, ulteriores registos de entabulação ou prénotação;

- no caso de entabulação ou prénotação através das quais sejam transferidos direitos já inscritos a favor de terceiras pessoas, também ao proprietário do imóvel.

A omissão ou a irregularidade da notificação não afecta, todavia, a validade da inscrição tabular (§ 121 da GBG).

IV) O recurso do decreto tabular

Tem legitimidade para interpor recurso quem tenha visto a sua pretensão desatendida e ainda todos aqueles que resultem directa ou indirectamente prejudicados pelos efeitos do decreto, entre os quais se contam os sujeitos indicados no § 119 da GBG.

O recurso é apresentado ao juiz tabular (§ 122 da GBG) para que este possa ordenar a sua anotação no livro fundiário (§ 125 da GBG de acordo com o § 99 do mesmo diploma), mas é depois apreciado através de decreto pelo tribunal de 1.^a Instância.

Caso o tribunal decida em sentido diverso daquele que foi decidido pelo juiz tabular é admitido recurso para o tribunal hierarquicamente superior, sendo a decisão deste Tribunal insusceptível de recurso (§126 da GBG).

O interessado pode, assim, recorrer do decreto tabular, nos termos dos §§ 122 e ss., sempre que entenda que a decisão do juiz tabular não se harmoniza com o estado dos actos com base nos quais o registo foi requerido – porque, por exemplo, permitiu uma entabulação não conforme com os documentos apresentados. Neste caso o recurso versará sobre o decreto não apreciando a validade ou existência do direito.

Sobre os efeitos decorrentes da procedência do recurso regem os §§ 128 e 129 da GBG. De acordo com estes artigos, cumpre distinguir consoante em causa esteja um recurso de um decreto que tenha ordenado a inscrição ou um recurso de um decreto que haja recusado a inscrição e tenha, conseqüentemente, nos termos do § 99 da GBG, conduzido à anotação do pedido objecto de recusa.

Na primeira hipótese – quando em causa esteja um recurso de um decreto que tenha ordenado a inscrição –, sendo julgado procedente o recurso não se procede

imediatamente ao cancelamento da inscrição; este só ocorrerá decorrido o prazo previsto na lei para a interposição de um novo recurso ou quando o novo recurso seja julgado improcedente sendo, assim, confirmada a decisão de cancelamento (§ 129 II da GBG). Quando o novo recurso seja julgado procedente, não confirmando a decisão de cancelamento e dando, assim, razão ao juiz tabular que ordenou a inscrição, deve ser cancelada a anotação do recurso interposto da decisão inicial (§ 129 II da GBG).

Na segunda hipótese – quando em causa esteja um recurso de um decreto que haja recusado a inscrição –, segundo o § 128, sendo julgado procedente o recurso o juiz tabular deve, oficiosamente, ordenar a inscrição; inscrição esta que será considerada eficaz desde a data em que foi efectuado o pedido. Quando, ao invés, o recurso interposto é julgado improcedente o juiz tabular deve cancelar, oficiosamente, a anotação do pedido recusado (§ 129 I da GBG).

V) A acção de cancelamento da entabulação/extabulação e a sua anotação

Segundo o § 61, I da GBG, quem for lesado no seu direito por uma entabulação ou extabulação pode impugná-la contenciosamente invocando a sua invalidade com vista a obter o seu cancelamento²⁷.

A invalidade do assento registal pode derivar de um vício do decreto que o fundamente²⁸ e, nesse caso, a acção de cancelamento concorre com a possibilidade de recurso (§ 122 e ss. da GBG), com o qual se impugna o decreto; ou pode derivar de um vício do título com base no qual a entabulação ou extabulação foi concedida e, neste caso, a única solução é a acção de cancelamento (§§ 61 e ss. da GBG)^{29,30}.

Com a acção de cancelamento (*Löschungsklage*) apenas se pode pretender impugnar um assento inválido em virtude de um “vício originário” do título com base no

27 – Refira-se que a acção de cancelamento pode ser proposta quer pelo titular do direito tabular que foi lesado por um assento registal ulterior, quer por aquele que, sendo já titular do direito, ainda não tenha conseguido tornar-se titular registal, precisamente, em virtude do assento impugnável.

28 – A entabulação, por exemplo, foi concedida para um imóvel ou para um direito diverso daquele para o qual foi solicitada.

29 – Quando se pretenda impugnar um decreto que haja rejeitado a entabulação ou a extabulação a única solução é o recurso.

30 – No sistema tabular a invalidade do negócio subjacente propaga-se ao acto de registo: sendo nulo ou sendo anulado o negócio a entabulação é nula por falta de causa.

De facto, de acordo com a teoria da impugnação real (*dingliche Anfechtung*), a inscrição é inválida quando se baseia num negócio inválido e pode ser impugnada sempre que seja impugnável o negócio que lhe serviu de fundamento (Teoria da autoria de STROHAL, *Zur Lehre von Eigentum an Immobilien: Eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht*, Graz, 1876, p. 1 e ss. à qual aderiu GIERKE, *Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, Keip, 1898, p. 189, n. 1 e DEMELIUS, *Österreichisches Grundbuchsrecht, Entwicklung und Eigenart*, ob. cit., p. 62 e ss.. Este último Autor esclarece que esta é a posição da maioria da doutrina, embora geralmente os Autores a expressem de forma implícita).

Fala-se, a propósito, de impugnação real, não no sentido de que a impugnação está relacionada com o direito real, mas para indicar que, em princípio, a sentença é dotada de eficácia real e produz, assim, efeitos para além das partes, nomeadamente, no confronto de sucessores a título particular do titular inscrito – “*Der Eintrag aber unterliegt der dinglichen Anfechtung, so genannt, nicht weil sich die Anfechtung aus einem dinglichen Recht ergabe – die Loeschungsklage macht kein dingliches Recht, sondern die Ungültigkeit des Eintrags geltend – sondern weil die Anfechtung dinglich wirksam ist, daher auch gegen die Konkursmasse und gegen die Einzelnachfolger des Eingetragenen durchgreift.*” (Cfr. DEMELIUS, *Österreichisches Grundbuchsrecht, Entwicklung und Eigenart*, ob. cit., p. 64).

qual a entabulação/extabulação foi concedida, uma vez que, no ordenamento jurídico austríaco, a separação entre o negócio obrigacional e o negócio real introduz uma limitação ao princípio da causalidade, na medida em que a dependência causal da alienação ou oneração em face do negócio fundamental é apenas genética, já não funcional. De facto, o direito transfere-se sob a condição de o acto de disposição do titular inscrito e a subsequente inscrição em nome do adquirente se fundarem num negócio obrigacional válido e eficaz, mas aqui termina a relevância do negócio obrigacional fundamental. A transmissão fundada sobre uma «causa válida» torna-se insensível a eventuais vicissitudes resolutivas que posteriormente venham a ocorrer. Se, por exemplo, a venda é resolvida por incumprimento do comprador ou a doação é revogada por ingratidão do donatário, esta vicissitude não incide directamente sobre a alienação e correspondente assento registal que permanece plenamente válido e eficaz³¹. A resolução ou revogação atribuem ao alienante um simples direito de crédito em face do adquirente, tendo por objecto a retro-transferência do direito. O alienante não pode, portanto, com base em tais vicissitudes intentar contra o adquirente a acção de cancelamento, a qual pressupõe a invalidade do assento³².

Se com a acção de cancelamento (*Löschungsklage*) se impugna um assento originariamente inválido, cumpre no entanto determinar se a sentença que a julgue procedente afecta ou não os direitos adquiridos por terceiros, uma vez que só assim poderemos apurar em que medida o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* conhece excepções em virtude da consagração do princípio da fé pública registal.

Contra os “terceiros” cujo direito tenha sido inscrito após a anotação da acção judicial, a sentença que julgue procedente a acção de cancelamento, proposta contra o titular da entabulação impugnada, produz efeitos, uma vez que aqueles não são tutelados pelo princípio da fé pública registal: o referido assento registal provisório de conteúdo

31 – Ao invés, em Itália, em virtude da identificação do acto de disposição com o negócio obrigacional, a resolução e a revogação eliminam, *inter partes*, quer os efeitos obrigacionais quer os efeitos reais já anteriormente produzidos, voltando, assim, por força da lei, sem necessidade de retransmissão, o direito real à esfera do alienante. Consequentemente, após a resolução ou revogação, a entabulação do direito em nome do adquirente assume carácter lesivo do precedente direito tabular do alienante e verifica-se o pressuposto para que possa ser intentada uma acção de cancelamento (cfr. al. f) do art. 20 da *Legge Tabulare*). No entanto, a resolução e a revogação não prejudicam direitos adquiridos por terceiros antes da assento de anotação da respectiva acção judicial, e isto quer os terceiros tenham adquirido de boa ou de má fé, conforme prescreve o 3 parágrafo do art. 64-*bis*, o que é completamente consonante com o facto de o Código Civil italiano não reconhecer à resolução e à revogação eficácia retroactiva em face de terceiros.

32 – Deve, ao invés, solicitar uma nova entabulação a seu favor, com base ou num contrato de retro-transferência do direito – celebrado com o adquirente e que contenha a declaração do consentimento deste último para que seja alterada a realidade tabular – ou numa sentença que substitua o contrato não celebrado voluntariamente

Refira-se, ainda, que o alienante titular da pretensão obrigacional de reinstauração do direito à sua titularidade jurídica não tem (ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico germânico: § 883 *BGB*) a possibilidade de munir tal pretensão de tutela (real) em face de terceiros, mediante um assento registal provisório.

No direito austríaco só é possível assegurar, em face de terceiros, uma pretensão obrigacional que tenha por objecto a modificação de uma situação real através de uma decisão judicial provisória (*einstweilige Verfügung*), proferida no âmbito de uma acção executiva e não pelo juiz tabular, nos termos dos §§ 382 VI e 384 do Regulamento de Execução, com base na qual é inscrita oficiosamente uma limitação do poder de disposição e se dá publicidade ao facto de estar em causa um direito litigioso. Mas esta decisão, para ser proferida, não depende apenas da demonstração do *fumus boni iuris* (suficiente no direito germânico – § 885 *BGB* – para obter uma «*einstweilige Verfügung*» que fundamente uma prenotação nos termos do § 883), mas ainda da demonstração do *periculum in mora*.

negativo, ao advertir os potenciais adquirentes, exclui a boa fé e, conseqüentemente, o funcionamento do princípio.

De facto, segundo o § 61 I da *GBG*, quem impugna contenciosamente uma entabulação que tenha lesado o seu direito, e solicita a repristinação do estado tabular anterior, pode solicitar ao juiz a anotação da demanda, de modo a afastar o eventual funcionamento do princípio da fé pública registal.

Por efeito da anotação, a posição jurídica dos “terceiros”, que adquiriram após a data da anotação da acção, é afectada pela eficácia directa da sentença, não obstante os referidos “terceiros” não terem participado no processo.

Efectivamente, segundo o § 61 II da *GBG*, a sentença que decide a lide será **plenamente eficaz** no confronto daqueles que tenham obtido direitos tabulares depois da anotação da acção³³.

Acresce que a sentença que julga procedente a demanda, ou seja que declara nula ou ineficaz a entabulação impugnada, ordena o seu cancelamento e envolve, também, o cancelamento oficioso de todas as entabulações e prenotações³⁴ que a partir do direito cancelado oficiosamente tenham ocorrido após a solicitação da anotação da acção (§ 65 da *GBG*).

Contra o terceiro cujo direito tenha sido inscrito antes da anotação da acção judicial, o autor da acção que pretenda a repristinação do estado tabular, anteriormente existente, tem de promover a impugnação também no seu confronto, uma vez que a entabulação ou prenotação só pode ser cancelada com base em sentença que constitua, também, título de cancelamento da inscrição sucessiva feita a favor de tal terceiro. Mas, a verdade é que tem de distinguir-se consoante o terceiro tenha adquirido de má fé ou, ao invés, de boa fé.

33 – Segundo, NEUMANN-LICHTBLAU, *Kommentar zur Exekutionsordnung*, I, Wien, 1928, sub § 9, p. 77, *apud* MENGONI, L'azione in cancellazione nel sistema dei libri fondiari, loc. cit., nota 20, o legislador ao estatuir, no § 61 da *GBG*, que a sentença produz plenamente os seus efeitos, contra os “terceiros” que adquiriram após a data da anotação da acção, visou precisar que a referida sentença, além de reconhecer o direito do autor também contra os “terceiros”, fornece ao autor vitorioso título executivo para obter do “terceiro” a entrega forçada do imóvel.

Refira-se que o segundo parágrafo do art. 61 do *Nuovo Testo della Legge Generale sui Libri Fondiari*, vigente em certas regiões de Itália, não impõe a plena eficácia da sentença a “terceiros” que adquiriram após a data da anotação da acção, estatui apenas que “la sentenza che definisce la lite sarà efficace” contra os referidos “terceiros”. Acresce que das restantes normas de direito tabular não resulta que a sentença constitua título executivo contra os “terceiros”; de facto, o art. 65 apenas prevê, tal como na Áustria, o cancelamento oficioso de todas as entabulações e prenotações que a partir do direito cancelado tenham ocorrido após a solicitação da anotação da acção. Por isso, MENGONI, *ult. loc. cit.*, considera que a questão de saber se os terceiros também estão sujeitos à eficácia executiva da sentença deve ser resolvida com base no sistema processual italiano. No entanto, o Autor não dá resposta à questão, limitando-se a afirmar que “riceverà soluzione affermativa o negativa a seconda che nell'uno o nell'altro senso sia resolta l'identica questione proposta dalla norma generale dell'art. 111, *ult. Comma, c.p.c.*” (A propósito da polémica em torno do art. 111 do *Cód.Proc.Civil italiano* e da eventual eficácia directa contra “terceiros” das sentenças que julgam procedentes acções sujeitas a registo *vide* nota 463).

34 – Atenatremos com o pormenor devido ao assento de prenotação, enquanto exemplo típico de reserva de prioridade em sentido impróprio *stricto sensu*, no final deste trabalho.

Contra o “terceiro” adquirente de má fé (aquele que conheceu o vício do título do seu *dante causa* ou o desconheceu culposamente) **cujo direito tenha sido inscrito antes da anotação da acção**, tal como contra o **adquirente imediato**, a acção de cancelamento da entabulação pode ser julgada procedente desde que seja intentada por quem veja o seu direito tabular lesado pela entabulação impugnada, enquanto não decorrer o prazo prescricional, previsto na lei civil, próprio da impugnação negocial com a qual é conexa (§ 62 da *GBG*)³⁵.

Contra o terceiro de boa fé (que adquiriu confiando na validade da inscrição feita a favor do seu dante causa) e obteve a inscrição do seu direito antes da anotação da acção judicial, a acção de cancelamento está sujeita a um breve termo de decadência, no caso (normal) em que o decreto de concessão da entabulação impugnada tenha sido devidamente notificado ao interessado (§ 63 da *GBG*); ao invés, quando a notificação não tenha ocorrido validamente, está sujeita a um termo de três anos (§ 64 da *GBG*)³⁶.

Mas, vejamos com mais pormenor.

35 – Caso exista prazo prescricional, claro está. O que não ocorre, por exemplo, se em causa estiver a nulidade do título ou do decreto tabular).

36 – Refira-se que sobre este ponto o Código Civil austríaco de 1811 não dizia nada em particular. Mas, no § 422, reafirmava, em geral e não de forma circunscrita e limitada, a regra tradicional *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Consequentemente, ao ser destruída a aquisição do *dante causa*, também era a aquisição do “terceiro”. O registo não servia para consolidar o seu direito porque não podia legitimar e tornar inatacável um direito real adquirido à margem das imposições legais.

A entabulação, de *per se*, não constituía prova plena do direito de propriedade, constituía título de posse jurídica (321 e 322 do *ABGB*) e a posse jurídica ou tabular gerava a presunção legal *iuris tantum* da titularidade do direito, que, como tal, podia ser destruída mediante prova em contrário.

O limite encontrava-se na usucapião tabular – *Tabularersitzung* – prevista no Código Civil (§§ 1467 e 1469): quem permanecesse inscrito durante três anos no livro tabular adquiria o direito real (§ 1467 *ABGB* de 1811). Mas, desta forma, o terceiro era protegido porque adquiria a título originário e não a título derivado.

A propósito da *Tabularersitzung*, cumpre, ainda, referir que se tratava de uma figura muito particular, assimilável, segundo a autorizada doutrina da época, à noção da posse plena e legítima (*rechte Gewere*); na medida em que, tal como esta, também a hipótese de aquisição do direito entabulado a favor do titular inscrito se baseava, essencialmente, sobre a ideia de aquiescência (*Verschweigung*), em face de uma situação de facto existente, por parte de quem, sendo interessado, ou tendo legitimidade para se opor, tivesse permanecido inactivo durante um certo lapso de tempo.

Portanto, a referida *Tabularersitzung* prevista pela *ABGB* constituía uma aplicação da ideia de *Verschweigung*; entendida esta última como critério justificativo da aquisição de um direito como consequência da perda ou preclusão do mesmo pelo seu titular, pelo decurso do tempo assinalado ao seu exercício e assumindo, assim, um significado ambivalente, extintivo e aquisitivo.

Um outro aspecto particular desta «usucapião» consistia no facto de ela poder ocorrer independentemente da posse material, bastando-se com a «posse tabular».

Sendo de salientar que o titular inscrito se considerava, para todos os efeitos, possuidor legítimo do imóvel, ou seja titular de posse fundada num justo título e beneficiava da presunção de boa fé constante do § 328 do *ABGB*.

Concretizando: o titular inscrito era havido como possuidor legítimo e desde que não se provasse a sua má fé podia adquirir o direito, mediante a usucapião, decorridos que fossem três anos sobre a data da sua inscrição. A usucapião era oponível a quem quer que fosse, podendo o possuidor tabular invocá-la através de uma excepção ou como fundamento para solicitar ao juiz o reconhecimento do seu direito real.

Em face a tais particularidades UNGER afirmou: “nem a posse tabular é verdadeira posse, nem a usucapião tabular é uma usucapião no sentido do direito romano” e, ainda, “tal como se denomina como posse tabular o importante efeito decorrente da inscrição no livro fundiário, também se chama usucapião tabular à aquisição do direito, decorrente da circunstância de contra a inscrição não ter sido deduzida oposição no prazo previsto na lei”. (Tradução nossa).

A *GBG*, de 1871, com o seu § 61 e ss., *maxime* com o § 63, acabou por excluir a aplicação dos *supra* referidos artigos do *ABGB* sempre que em causa estivesse um conflito entre direitos inscritos no livro fundiário. E em 1916, com a reforma do *ABGB*, foram total e definitivamente revogados os §§ 1467 e 1469 do referido corpo legal. (Vide UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Leipzig, ob. cit., p. 284. Cfr., ainda, LUIGI MOCCIA, La sicurezza degli acquisti immobiliari: figure di «usucapione» e sistemi di pubblicità immobiliare nella prospettiva del «diritto privato europeo», loc. cit., p. 153).

Na primeira hipótese, o autor que foi notificado validamente da inscrição deve intentar a acção de cancelamento e solicitar a sua anotação no prazo máximo de sessenta dias (§ 123 da *GBG*), e, simultaneamente ou antes de decorrido um novo período de sessenta dias, solicitar o cancelamento dos direitos adquiridos por terceiros com base na inscrição impugnada (§ 63 da *GBG*).

Desta forma, o cancelamento da inscrição conduzirá à invalidação de todos os direitos adquiridos por “terceiros” de boa fé.

Se, ao invés, o autor notificado não reagir nos termos previstos na lei e dentro dos prazos por ela impostos, não serão prejudicados os direitos adquiridos por terceiros de boa fé antes da anotação da acção (§ 63, II, *GBG*)³⁷.

Na segunda hipótese, aquela em que o interessado não foi notificado validamente da entabulação, a sentença que julgue procedente a acção apenas produz efeitos retroactivos em face de “terceiros” de boa fé – *que tenham adquirido confiando na validade da inscrição feita a favor do seu dante causa e obtido a inscrição do seu direito antes da anotação da acção judicial* – se a acção tiver sido proposta nos três anos posteriores à data da inscrição do direito do próprio terceiro (§ 64 da *GBG*)³⁸, pois este, decorridos os três anos, passa a beneficiar de uma inscrição inatacável que faz prova plena do direito real (§ 64 da *GBG*)³⁹.

Em face do exposto, e em resumo, no sistema registral austríaco, o princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* é afastado a favor dos terceiros adquirentes de boa fé, que hajam adquirido antes da **anotação** da acção. Mas, tal só ocorre depois de decorrido o prazo legalmente previsto para o verdadeiro titular do direito poder reagir, prazo este que pode, verificadas as circunstâncias descritas, ser longo: três anos a partir da data da inscrição do “direito” do “terceiro” de boa fé.

37 – O facto de o terceiro de boa fé apenas ser protegido após o prazo previsto na lei para se reclamar do decreto que concedeu a entabulação impugnada justifica-se, na medida em que a entabulação só é assistida de pública fé após o trânsito em julgado do decreto tabular.

No entanto, como é evidente, o terceiro de boa fé, que obtém a seu favor a entabulação após o trânsito em julgado do decreto tabular que permitiu a entabulação a favor do seu *dante causa* (sessenta dias após a notificação do decreto de entabulação ao interessado – precedente proprietário inscrito), adquire imediatamente o direito (*a non domino*).

38 – Em Itália os três anos contam-se a partir da solicitação da entabulação impugnada, ou seja, aquela que foi feita a favor do *dante causa* do terceiro de boa fé (cfr. art. 64 da *Legge Tabulare*)

39 – No entanto, cumpre advertir que, como é óbvio, quando, com base na entabulação impugnada, tenham sido obtidas posteriores inscrições tabulares, há que previamente apurar, com base nas regras de direito comum, se a invalidação do negócio que baseou a entabulação impugnada produz ou não efeitos retroactivos. Pois, só quando a retroactividade ocorre é que, após o decurso dos prazos prescritos, entram em jogo os §§ 63 e 64 da *GBG* que impedem que a acção judicial possa produzir efeitos prejudiciais em relação a terceiros de boa fé.

Assim, por exemplo, se A, proprietário tabular de imóvel, o aliena simuladamente a B e este o transfere imediatamente a C, que de boa fé celebra o negócio e procede ao registo, C, de acordo com o § 916 II do *ABGB* nunca verá a sua posição jurídica afectada, uma vez que, segundo este artigo, a simulação é inoponível aos terceiros que, de boa fé, hajam adquirido do simulado adquirente; consequentemente não são aplicáveis as supra referidas normas da *GBG*. (A mesma solução encontra-se consagrada no art. 64-*bis* da *Legge Tabulare*).

VII) A prescrição extratabular ou contratabular (*außerbücherliche Ersitzung*)

Uma das características mais salientes do sistema jurídico austríaco consiste na previsão, por assim dizer, livre, à maneira dos ordenamentos onde vigora o sistema de protecção mínima, de uma figura da usucapião directamente produtiva de efeitos aquisitivos em consequência da posse (material da coisa ou do exercício de facto do direito) mantida durante um certo lapso de tempo (§§ 1468, 1470, 1478, 1479 e 1488 do Código Civil austríaco). Isto a despeito da regra segundo a qual a existência do direito (quer *inter partes* quer em face de “terceiros”) depende da existência da inscrição, no sentido que o direito real surge, transmite-se e extingue-se com a inscrição.

Dada a necessidade da inscrição, o ordenamento austríaco, rigorosamente, devia excluir a possibilidade de as situações de facto contrastantes com a realidade tabular poderem vir a prevalecer sobre esta. Mas, a *ABGB*, em prejuízo do rigor sistemático, optou por dar relevância a certas situações não conformes ao sistema registal, estabelecendo, no § 1468, que: “quando o imóvel não está inscrito em nome daquele que exerce o direito de posse (*Besitzrecht*), a usucapião só se completa decorridos trinta anos”⁴⁰.

Não obstante, a verdade é que, segundo o § 1500 do *ABGB* e o § 71 da *GBG*, o direito já adquirido mediante a usucapião não pode prejudicar quem sob a fé do livro fundiário tenha adquirido um direito sobre o bem em causa, antes da entabulação do direito usucapido – entabulação esta que é lavrada com base na sentença transitada em julgado que reconheça a aquisição originária – ou, na hipótese ser dada publicidade à acção tendente ao reconhecimento do direito adquirido com a usucapião, antes de ter sido lavrada a respectiva anotação.

Portanto, o ordenamento prefere tutelar quem adquire, **sob a fé do livro fundiário**, do proprietário inscrito em cujo confronto foi **amadurecida** a usucapião, ao invés de tutelar quem já adquiriu o bem a título originário mas não actuou, atempadamente, por forma a que o Registo passasse a publicitar o seu direito⁴¹.

Não adquire sob a fé no livro fundiário e, conseqüentemente, é-lhe oponível a usucapião posteriormente inscrita, quem, no momento da sua aquisição, teve conhecimento ou devia ter tido dos indícios reveladores da posse continuada que deu origem à aquisição originária. Ou seja, não é protegido aquele que afirma ter confiado num “estado tabular”, sempre que este seja, manifestamente, negado pela situação material extratabular existente.

40 – Tradução nossa.

41 – Na mesma lógica, o § 71 da *GBG*, regulando o conflito entre assentos registais, tendo um por objecto um direito adquirido derivadamente e outro uma acção judicial de reconhecimento de um direito adquirido por usucapião, estatui que a anotação da acção tendente ao reconhecimento de um direito adquirido com base na usucapião não é eficaz em face de terceiros que sob a fé do livro fundiário hajam obtido anteriormente uma entabulação ou prenotação.

Mas, o direito adquirido através da usucapião, uma vez reconhecido judicialmente, conduz ao cancelamento de todos os direitos incompatíveis registados após a data da anotação da acção judicial.

Nesta lógica, a falta de um assento registal que publicite, provisória ou definitivamente, a aquisição originária – ou seja, a ausência da anotação da acção tendente ao reconhecimento judicial do direito usucapido ou a ausência da entabulação do próprio direito após o reconhecimento judicial gera a sua inoponibilidade em face de terceiro que tenha adquirido de boa fé direito com base no livro fundiário, mas não em face de quem sabia que estava a adquirir a *non domino* ou estava em condições de o saber, através da indagação imposta pela prudência normal, que já havia ocorrido a usucapião. A tutela da fé pública do sistema tabular só deve proteger quem adquire conhecendo apenas a situação revelada pelo livro fundiário, acreditando que esta corresponde à situação real e quando não lhe seja exigível, de acordo com as regras da prudência, que conhecesse a discrepância existente entre a situação registal e extra-registal; a fé pública não deve estender-se a quem inscreveu a sua “aquisição” tendo conhecimento ou desconhecendo culposamente a situação real diversa da tabular⁴².

Por último, refira-se que, embora o terceiro adquirente de boa fé prevaleça em face daquele que já usucapiu, está sujeito a perder o direito inscrito em face de quem, à data da sua inscrição, não tenha tempo suficiente de posse que conduza à aquisição originária mas o venha a completar (por exemplo, para apresentar um caso limite, em face de alguém que complete o tempo de posse necessário à usucapião no dia seguinte à da inscrição do direito adquirido derivadamente).

42 – A exigência da boa fé do terceiro justifica-se, nesta hipótese que se situa ao nível da primeira dimensão da inoponibilidade, desde logo pelo facto de também o possuidor só adquirir originariamente, através da usucapião, se tiver possuído de boa fé.

Em Itália, por força dos parágrafos primeiro e segundo do art. 5 do Régio Decreto de 28 de Março de 1929, n. 499, quem pretender ter adquirido a propriedade ou outro direito real sobre bens imóveis por usucapião ou por outro modo de aquisição originária pode obter a inscrição no livro com base em sentença transitada em julgado que lhe reconheça o direito adquirido ou a extinção do vínculo. A aquisição de um direito real por usucapião extratabular (*“usucapio contra tabulas”*) opera automaticamente por efeito do decurso do tempo e como a usucapião é regulada pelo Código Civil italiano que é único para toda a Itália, mesmo o possuidor de má fé, ao contrário do que ocorre na Áustria (§1477 do *AGBG*), pode usucapir. Mas é necessária uma sentença que reconheça a verificação desta *facti-species* aquisitiva bem como a inscrição do direito originariamente adquirido para que este se torne oponível a terceiros que hajam adquirido por acto *inter vivos* «*sulla fede del libro fondiario*». De facto, de acordo com o parágrafo terceiro do art. 5 do Régio Decreto de 28 de Março, n. 499, tal aquisição não prejudica os direitos que terceiros tenham adquirido, por acto *inter vivos*, «*sulla fede del libro fondiario*», anteriormente à inscrição ou cancelamento ou a anotação da acção judicial tendente a obter a inscrição ou o cancelamento.

O problema que o referido parágrafo terceiro do art. 5 coloca em Itália é o de se saber qual o significado a atribuir à expressão «*sob a fé do livro fundiário*». Exigir-se-á ou não a boa fé do terceiro? Sendo esta exigível, a má fé é equiparada à culpa?

Segundo determinada orientação, a boa fé do terceiro é exigível e deve considerar-se de má fé não só quem conhecia mas, também, quem desconheceu culposamente a situação possessória contrária à “realidade” tabular. (Neste sentido, *vide* GABRIELLI/TOMMASEO, *Commentario della Legge Tabulare*, ob. cit., p. 30 e ss.).

Numa perspectiva diametralmente oposta há quem afirme que a expressão «*sob a fé do livro fundiário*» não é equivalente à expressão «*aquisição de boa fé*» usada em outras disposições legais (nomeadamente no art. 63 e 64 da *Legge Tabulare*) e que visa sobretudo valorizar ao máximo a eficácia dos Registos públicos no intuito de resolver o conflito entre o direito tabular e extratabular com base no simples critério objectivo do cumprimento do ónus da prioridade do registo, sem atribuir algum relevo ao conhecimento, por parte do terceiro, da efectiva falta de poder de disposição do alienante. (Neste sentido, *vide*, entre outros: MALTESE, *Conflitto, nel codice civile e nella legge tabulare, fra diritto acquistato dal titolare iscritto e diritto usucapito contro il titolare iscritto*, *Giurisprudenza Italiana*, 1973, I, 1, p. 269 e ss.; *idem*, *Usucapione, pubblica fede e buona fede individuale nell'ordinamento tabulare*, *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, 1, p. 121; SICCHIERO, *La “fede” dal diritto austriaco al sistema del libro fondiario*, loc. cit., 1994, p. 419; *idem*, *Ancora sulla buona fede nel diritto tabulare*, loc. cit., p. 515 e ss.).

Numa posição intermédia há quem defenda que a culpa (o poder e dever de conhecer o facto não publicado, com base em indícios extratabulares) não pode ser equiparada à má fé subjectiva (conhecimento em concreto de tal facto), a única que deve relevar, devendo-se, consequentemente afirmar que apenas a prova desta última impede o adquirente do titular inscrito de invocar a tutela contra o adquirente a título originário. (Neste sentido, *vide*, entre outros: ENRICO ASTUNI, *La fede del libro fondiario e l'usucapione*, *Rivista Giuridica Dell'Edilizia*, 2000, Parte I, p. 51 e ss.; GUGLIELMUCCI, *Limiti di tutela del titolare di diritti reali immobiliari non iscritti nel libro fondiario*, *Giurisprudenza di Merito*, 1970, I, p. 252 e ss..).

O acabado de referir, apesar de à primeira vista poder parecer estranho, justifica-se plenamente, quando se tem em consideração que está na disponibilidade do terceiro adquirente, quando o prazo da usucapião ainda não se completou, praticar ou não um acto que interrompa o prazo de posse que pode conduzir à usucapião (mesmo no último dia), e que seria injusto penalizá-lo pela inércia do predecessor tabular caso a usucapião já tivesse ocorrido⁴³.

4. A Anmerkung der Rangordnung der beabsichtigten Veräußerung austríaca – anotação da ordem de precedência ou anotação da ordem de prioridade⁴⁴

Dependendo a aquisição de direitos reais não apenas de um título válido e procedente mas ainda da celebração do negócio real e da inscrição no livro fundiário, aquele que pretende adquirir o direito não fica seguro pelo simples facto de consultar o livro fundiário antes da formação do título, pois nada lhe garante que não exista um título anterior a favor de um terceiro, ainda não publicado, mas que entretanto venha a sê-lo, ou que possa vir a existir um outro título cujo beneficiário consiga publicitar antes do seu.

Para obviar a tal inconveniente os arts. 53 a 58 da GBG austríaco prevê a *Anmerkung der Rangordnung*⁴⁵.

O titular de um direito real sobre um imóvel, caso pretenda alienar o seu direito ou constituir uma hipoteca pode, antes de realizado o negócio, mediante requerimento donde conste a assinatura reconhecida pelo notário, solicitar a anotação tabular da alienação de tal direito ou da constituição da hipoteca (precisando neste caso o montante máximo da mesma)⁴⁶, sem necessidade de indicar a pessoa do futuro adquirente ou credor⁴⁷, com o

43 – Neste sentido, vide GABRIELLI/TOMMASEO, *Commentario della Legge Tabulare*, ob. cit., p. 34.

44 – Sobre a anotação da ordem de precedência ou anotação da ordem de prioridade vide, entre outros: DEMELIUS, *Anmerkung der Rangordnung*, Wien, Perles, 1927; FEIL, “*Österreichisches Grundbuchsrecht*”, Wien/New-York, 1972; LUCIANO SAMPIETRO, “Il ripristino dell’annotazione dell’ordine di grado nel sistema tavolare”, *Rivista di Diritto Civile*, 1975, 2.^a parte, p. 592 e ss.; LUIGI MENGONI, “La pubblicità immobiliare”, *JUS*, Jan.-Abr., 1986, p. 3 e ss.; LUCIANO SAMPIETRO, “Il ripristino dell’annotazione dell’ordine di grado nel sistema tavolare”, *Rivista di Diritto Civile*, 1975, 2.^a parte, p. 592 e ss.; GIOVANNI GABRIELLI, “Libri Fondiari”, *loc. cit.*, p. 959 e ss.; HELMUT BÖHM, “*Die Rangordnung im GBG, Weg und BTVG (I) – Rangordnung und Vormerkung*”, *immolex*, 1999, in <http://ris.aco.net/taweb> e “*Die Rangordnung im GBG, Weg und BTVG (II) – Die Anmerkung der Einräumung von Wohnungseigentum (§ 24^a Abs 2 WEG)*”, *immolex*, 1999, in <http://ris.aco.net/taweb>; “*Lehre von Titel und Modus*”, in http://zivilrecht2.uibk.ac.at/online_lehre/zivilonline/sachenrecht/titel_modus.html; QUARANTOTTO, “Per il ripristino dell’annotazione tavolare dell’ordine di rango”, *Rivista del Notariato*, 1967, p. 131 e ss. e “*Manuale della legislazione tavolare*”, Trieste, 1962, p. 95 e ss.;

45 – Em Itália a figura em apreço já era disciplinada pelos §§ 53-58 da Lei Geral sobre os Livros Fundiários de 25 de Julho de 1871. Em 1929 foi suprimida do ordenamento jurídico Italiano através do *Regio Decreto* n. 491, de 28 de Março – tentando assim evitar a fuga ao fisco –, mas a Lei n. 594, de 29 de Outubro de 1974 reintroduziu-a através do seu art. 40.

A disciplina da figura italiana, assim reintroduzida, é análoga à originariamente prevista pelo ordenamento austríaco, sem no entanto ter tido em conta a evolução deste. Nomeadamente o facto de já em 1916 se ter fixado num ano o período de eficácia da anotação em causa para, assim, permitir ao titular do direito uma maior possibilidade de escolha de um idóneo adquirente ou mutuante. E de a GBG de 1955, para limitar o perigo de abuso, oportunamente, ter restringido a 14 dias o período durante o qual o adquirente tem a possibilidade de requerer o cancelamento das inscrições posteriores à anotação.

A Lei Italiana, ao invés, inspirando-se do direito austríaco originário, por um lado, fixou em cinquenta dias o período de eficácia da anotação e, por outro, não colocou qualquer limite temporal à faculdade de requerer o cancelamento de inscrições sucessivas.

46 – A doutrina defende que não deve, através de um argumento de maioria de razão, admitir-se a *Anmerkung der Rangordnung* nas hipóteses em que o proprietário não pretenda alienar o seu direito mas apenas onerá-lo com um direito real menor diverso da hipoteca, justificando tal posição no facto de a norma em questão ser excepcional e não poder, por isso, aplicar-se senão às hipóteses nela previstas. (Neste sentido vide, por todos, FEIL, “*Österreichisches Grundbuchsrecht*”, ob. cit., p. 56).

47 – Segundo HELMUT BÖHM, “*Die Rangordnung im GBG, Weg und BTVG (I) – Rangordnung und Vormerkung*”, *loc. cit.* p. 2, através da *Anmerkung der Rangordnung* do proprietário do bem, que limita o seu poder de disposição sobre o bem, pode obrigar-se

intuito de reservar, para a alienação ou hipoteca futura, a prioridade correspondente ao momento da apresentação do requerimento⁴⁸.

O juiz tabular, depois de um controlo meramente formal sobre a legitimidade do requerente emana o decreto de anotação (*Rangordnungsbescheid*).

O decreto que ordena a anotação da ordem de precedência ou de prioridade deve indicar a data da apresentação do requerimento e dele apenas pode ser feita uma cópia autêntica, com anotação do pedido, que é entregue ao requerente. Assim, o adquirente que apresente a única cópia existente do decreto pode obter a entabulação ou a prénotação do direito de propriedade ou da hipoteca com a prioridade anotada.

A *Anmerkung der Rangordnung* mantém a sua eficácia durante um ano (§ 55 da GBG)⁴⁹.

Decorrido o referido prazo deve ser cancelada oficiosamente (§ 55 I da GBG)⁵⁰.

Antes do decurso de tal prazo, o cancelamento da anotação só pode ocorrer mediante a apresentação da cópia autenticada do decreto que a ordenou, na qual deve ser indicado o posterior cancelamento.

Durante o referido prazo deve ser requerida a entabulação ou a prénotação do direito de propriedade com a prioridade da anotação, com base no respectivo título de aquisição acompanhado da cópia autenticada do decreto da *Anmerkung der Rangordnung*, na qual deve ser feita menção da posterior inscrição (§ 56 I da GBG).

A pedido daquele que obtém a inscrição do seu direito com a prioridade da *Anmerkung der Rangordnung* serão canceladas todas as inscrições incompatíveis que, relativamente ao mesmo imóvel, tenham sido feitas após a anotação (§ 57 da GBG). Desta

in certam personam ou em face de pessoa determinada. No mesmo sentido se tem pronunciado parte da jurisprudência austríaca, conforme informa BÖHM, *loc. cit.*, nota 7.

48 – A *Anmerkung der Rangordnung* consubstancia uma reserva de prioridade em sentido próprio.

Recordamos que a figura da reserva de prioridade registal em sentido próprio, nos ordenamentos jurídicos que a admitem, traduz-se, em traços largos, no seguinte: antes de ser celebrado o negócio jurídico tendente à transmissão ou constituição de um direito real e durante os seus preliminares, dá-se, provisoriamente, publicidade ao direito que dele há-de resultar, criando-se, consequentemente, um obstáculo registal que impede o registo ou que impede o registo definitivo e incondicional de um facto jurídico contraditório com aquele que se encontra em gestação, subtraindo, assim, na prática, o bem imóvel ao tráfico jurídico durante um período determinado. A figura surge com o objectivo precípuo de eliminar a insegurança, naturalmente existente, de quem, não sendo titular de um direito susceptível de registo, já iniciou o processo de negociações preliminares tendente à aquisição ou oneração de um bem imóvel em concreto.

A reserva de prioridade em sentido próprio visa, portanto, a protecção de um negócio futuro, delimitado ou não. Pretende assegurar o adquirente vindouro perante a inscrição de factos jurídicos que venham a ocorrer entre o momento em que consulta o Registo e o momento em que será celebrado o negócio jurídico produtor de efeitos reais na sua esfera jurídica e o correspondente registo definitivo. Assim sendo, destina-se a garantir a eficácia, em face de “terceiros”, de um direito, que ainda não existe na esfera jurídica daquele que passa a beneficiar de protecção registal.

49 – Em Itália a *annotazione dell'ordine di grado*, como já referimos, apenas mantém a sua eficácia durante cinquenta dias (cfr. art. 55^o da *Legge Tavolare*).

50 – Não obstante, o proprietário pode posteriormente solicitar de novo uma *Anmerkung der Rangordnung*.

forma, ocorre uma retroactividade da prioridade da entabulação feita a favor daquele que apresentou a cópia do decreto de anotação; não obstante não se verifica qualquer retroactividade quanto à aquisição do direito, pois este só é efectivamente adquirido no momento da entabulação⁵¹⁻⁵².

A Anmerkung der Rangordnung como que cristaliza, desta forma, o estado tabular existente no momento da sua inscrição⁵³.

Quanto à hipótese de falência a GBG austríaca, no § 56 III, disciplina de forma expressa o conflito entre a anotação da sentença declarativa de falência e a entabulação baseada em prévia *Anmerkung der Rangordnung*, dispondo que, em caso de falência

51 – Ou seja, a retroactividade da entabulação apenas produz efeitos quanto à prioridade registal, não quanto ao direito de ordem substancial. Assim, por exemplo, o alienante não deve entregar ao adquirente os frutos obtidos no período que medeia a anotação da entabulação. (Neste sentido, *vide*, por todos: KLANG, *ABGB – Klangs Kommentar*, II, Wien, 1950, p. 380; LUCIANO SAMPIETRO, *Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare*, *loc. cit.*, p. 593, nota, 3).

52 – Reconhecendo-se ao adquirente beneficiado com a anotação da ordem de precedência a possibilidade de requerer o cancelamento das inscrições subsequentes incompatíveis com o seu direito, nos termos anteriormente expostos, há que afirmar que este instituto afecta a disciplina, prevista no § 440 do *ABGB*, bem como no § 4 da *GBG*, de um eventual conflito entre dois adquirentes do mesmo autor. Na verdade, segundo estes artigos, prevalece o adquirente que primeiro solicita a inscrição do seu direito, independentemente de estar de boa ou má fé, e isto mesmo que tenha celebrado o negócio aquisitivo por último, uma vez que adquire a *domino* por não ter sido perfeccionada a alienação ou oneração precedente. Ora, por força da anotação da ordem de precedência o adquirente que prontamente obtinha a inscrição do seu direito deve sucumbir no confronto do segundo que, por força do decreto de anotação, obtém prioridade através da segunda inscrição, e isto que este esteja de boa ou de má fé.

Do acabado de referir, já resulta evidente o risco de utilização do instituto com objectivos fraudulentos.

Assim, por exemplo, pode acontecer que o alienante do direito de propriedade, imediatamente após a celebração do negócio jurídico, antecipando-se ao adquirente, solicite ao juiz tabular o decreto de anotação, que lhe será concedido uma vez que continua a ser o proprietário do imóvel. Obtido o decreto, o alienante pode vender o imóvel uma segunda vez, entregando ao novo adquirente o decreto, por força do qual este virá a prevalecer no confronto com o primeiro adquirente.

Desta forma, a figura em apreço introduz no sistema tabular a possibilidade de um efectivo conflito entre adquirentes de direitos incompatíveis do mesmo autor ou causante.

Desta forma, a figura em apreço introduz no sistema tabular a possibilidade de um efectivo conflito entre adquirentes de direitos incompatíveis do mesmo autor ou causante.

Nestes termos, um adquirente, para estar certo da sua aquisição, deve exigir do alienante a execução da anotação da ordem de precedência e a entrega do correspondente decreto.

53 – Não obstante, em Itália, a maioria da doutrina - tendo em conta a *ratio* da *annotazione dell'ordine di grado* (garantir o potencial adquirente contra eventuais iniciativas incompatíveis por parte do titular inscrito, mas não contra eventuais iniciativas de terceiros dirigidas contra aquele) – afirma que o cancelamento de inscrições posteriores à *annotazione dell'ordine di grado* apenas pode ocorrer quanto às inscrições que assentem em título dispositivo proveniente do titular inscrito que requereu e obteve a anotação. Consequentemente, defende que não se deve ordenar o cancelamento de uma anotação de acção judicial que entretanto tenha sido proposta contra o titular inscrito. Seria paradoxal, afirma-se, que uma simples declaração unilateral do proprietário/devedor pudesse subtrair o bem à satisfação dos credores.

Neste sentido, por todos, *vide*: GABRIELLI/TOMMASEO, *ob. cit.*, p. 530; GABRIELLI, "La pubblicità immobiliare del contratto preliminare", in *Rivista di Diritto Civile*, Jul.-Ag., 1997, p. 535, e "Libri Fondiari", *loc. cit.*, p. 959 e 960.

Esta posição é contestada por alguns autores italianos que entendem que a mesma envolve para o credor que intenta a acção executiva e obtém a penhora uma maior tutela do que aquela que é oferecida ao terceiro adquirente do imóvel, que, como se viu sucumbe em face de quem, embora inscrevendo o seu direito posteriormente, reserva para a sua inscrição prioridade através do decreto de anotação. E tal consequência parece em contraste com o princípio, consagrado no último parágrafo do art. 2915 do Código Civil italiano, nos termos do qual apenas são ineficazes no confronto do credor os actos e acções, que estando sujeitos a registo, o tenham sido posteriormente ao acto da penhora. Da análise conjugada deste artigo com o art. 2913 do mesmo corpo legal – nos termos do qual não produzem efeito no confronto do exequente, e dos demais credores que intervenham na execução, os actos de alienação de bens penhorados – estes autores retiram a conclusão de que ao credor é oferecida, em geral, uma tutela idêntica à de um terceiro adquirente. E, com base nesta argumentação, consideram ilógico atribuir ao credor, nesta hipótese, uma maior tutela do que aquela que é oferecida ao terceiro adquirente. Se o art. 2915 do Código Civil constitui o «limite extremo da tutela concedida ao credor penhorante», dizem, não se pode deixar de concluir, como para o terceiro adquirente, pela aplicabilidade do art. 57 da *Legge Tavolar* ao registo da penhora. (Neste sentido, *vide*: LUCIANO SAMPIETRO, "Il ripristino dell'annotazione dell'ordine di grado nel sistema tavolare", *loc. cit.*, p. 598).

Mas, a supra referida argumentação não é acolhida junto da doutrina maioritária, pois esta considera que, assim, se desvirtuaria o objectivo para o qual foi criada a figura e lembra que podendo o proprietário devedor manter continuamente anotada uma reserva de prioridade, na prática, equiparar os que actuam contra ele àqueles que dele adquirem voluntariamente, é admitir que o proprietário do bem retire da garantia patrimonial dos seus credores aquele específico bem.

anterior à entabulação, esta é admitida quando dos documentos resultar que o contrato já estava exarado antes do dia da declaração de falência. O legislador austríaco acolheu, assim, a possibilidade de ser efectuada a inscrição no Rangordnung anotado, não obstante já ter sido declarada a falência, sempre que o título, com base no qual a inscrição é requerida, tenha data anterior à da dita declaração⁵⁴⁻⁵⁵.

54 – Em Itália, ao invés, a lei não prescreve a solução de tal conflito, e isto não obstante o legislador italiano, aquando da reintrodução do instituto *dell'annotazione dell'ordine di grado* ter reproduzido fielmente o modelo austríaco. Portanto, a não reprodução da solução austríaca não deve ter sido casual; terá ficado a dever-se ao facto de não ser conforme aos princípios e normas que regulam o processo de falência em Itália. Consequentemente, após a anotação da sentença declarativa de falência, não é admitida a entabulação baseada em prévia *annotazione dell'ordine di grado* quer o contrato de alienação ou oneração tenha sido celebrado antes quer depois da data da anotação da sentença.

55 – Como resulta do exposto, estamos perante uma reserva de prioridade em sentido próprio bem distinta das hipóteses de reserva imprópria como o é a *Vormerkung* do direito alemão.

De facto, embora na prática a *Vormerkung* do direito alemão desempenhe uma função próxima à da *Anmerkung der Rangordnung* do direito austríaco, ou seja, a função de garantir o futuro adquirente ou o futuro credor hipotecário em face de eventuais actos de disposição do direito adquirido *medio tempore* por um terceiro, do ponto de vista da técnica registral, e dos respectivos efeitos, os dois institutos são profundamente diversos.

O registo da *Vormerkung* é solicitado por aquele que tem direito à transferência do direito real ou à constituição de um direito real menor contra o titular registral inscrito, e tem por efeito tornar os actos de disposição posteriores a favor de terceiros relativamente ineficazes na medida em que prejudiquem a pretensão do titular. O registo da *Vormerkung* – tal como, entre nós, o registo do contrato promessa dotado de eficácia real –, é feito a favor e no interesse daquele que pretende adquirir; com o registo não é o obrigado à alienação ou oneração que se autolimita, é aquele que pretende adquirir, e já é titular de um direito de crédito, que se protege assegurando a esse direito eficácia típica dos direitos reais, para que ele venha a prevalecer em face dos actos dispositivos conflituantes. Actos estes que são ineficazes quer assentem quer não num acto de vontade do titular registral.

Ao invés, a *Anmerkung der Rangordnung* do direito austríaco é solicitada, mediante requerimento donde conste a assinatura autenticada pelo notário, pelo proprietário inscrito que pretende alienar o seu direito ou constituir uma hipoteca, e isto antes de realizado o negócio e mesmo sem indicação da pessoa do futuro adquirente ou do futuro credor garantido. E o seu efeito consiste em «reservar para a alienação ou oneração futura a prioridade correspondente ao momento da apresentação do requerimento de reserva». Mas tal reserva só é eficaz em face de inscrições sucessivas de direitos incompatíveis que assentem em título dispositivo proveniente do titular inscrito, que podem, por isso, ser canceladas a pedido de quem venha a obter a inscrição da propriedade ou a hipoteca no grau de prioridade reservado. A dita reserva já não assegura o futuro adquirente em face de inscrições que assentem em actos praticados por terceiros contra o titular registral (v. g., acção executiva entretanto proposta contra o titular inscrito). Assim, consente-se ao proprietário do bem que limite o seu poder de disposição sobre o bem, obrigando-se, *in certam personam* ou em face de pessoa determinada, a não praticar actos incompatíveis com aquele garantido pelo decreto de anotação, mas não se lhe consente a utilização da anotação como forma de obter protecção em face de uma eventual actuação legítima de um terceiro. (Sobre a distinção entre uma reserva em sentido próprio e uma reserva em sentido impróprio vide Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos do Registo Predial – Terceiros para Efeitos do Registo*, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2013, p.)

O Problema da Interpretação do âmbito material dos Regulamentos Comunitários em Direito Internacional Privado. Algumas notas

Geraldo Rocha Ribeiro
Mestre e Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Membro do Centro de Registos e Notariado da Faculdade de Direito da UC, Membro do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da UC, Membro do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da UC

1. Introdução

Com o avanço no processo de integração europeu a cooperação judicial afirmou-se como meio de concretização do mercado interno europeu, consolidando as competências e atribuições da União consagradas desde o Tratado de Amesterdão¹.

A pretensão de estabelecer uma regulamentação uniforme a respeito da lei aplicável e competência internacional não é acompanhada de soluções sistemáticas uniformes por não estar consagrada (pelo menos ainda) uma parte geral do direito internacional privado e um tronco comum de direito substantivo. Não existindo conceitos verdadeiramente comunitários, colocam-se problemas de metodologia que acabam por relançar a debate os problemas clássicos inerentes à qualificação e interpretação e método do direito internacional privado. Em especial quando a solução nacional pode periclitar os objectivos da regulamentação uniforme prosseguido pela UE. Tanto mais que o âmbito material dos conceitos (âmbito objectivo) dos regulamentos é pressuposto de aplicação destes. Delimitam-se não só o âmbito de aplicação, de forma imediata, do regulamento comunitário e, subsidiariamente, o âmbito de aplicação de outros instrumentos internacionais em vigor nos Estados-Membros².

1 – Abreviaturas:

Bruxelas I — Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial reformulado pelo Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2012

Bruxelas Ibis — Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho de 27 de Novembro de 2003 relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental

Convenção de Bruxelas — Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial

Convenção de Lugano — Convenção relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial

DIP — Direito Internacional Privado

Roma I — Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)

Roma II — Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»)

TFUE — Tratado de Funcionamento da União Europeia

TJUE — Tribunal de Justiça da União Europeia

UE — União Europeia

2 – A este respeito veja-se o artigo 57.º da Convenção de Bruxelas e o artigo 71.º do Bruxelas I. Este último dispõe que o Bruxelas I não prejudica as convenções em que os Estados-Membros são partes e que, em matérias especiais, regulem a competência

2. A criação de um direito internacional privado e processual europeu — o processo de europeização

Há muito que se fala em comunitarização do direito internacional privado e do direito processual privado, contudo o processo de criação de um verdadeiro direito europeu internacional, foi (é) feito por etapas, no qual o marco decisivo para a evolução foi a revisão operada, nos Tratados, pelo Tratado de Amesterdão.

A grande consequência da alteração do Tratado da União, através do Tratado de Amesterdão, foi a UE ter assumido competência para regulação das questões de direito internacional privado com vista a assegurar a liberdade de circulação dentro do espaço comunitário. A partir daqui e de acordo com o artigo 73.^o-O do Tratado de Amesterdão a UE passou a ter competência directa para legislar em direito internacional privado³. Competência que foi confirmada e reforçada com o Tratado de Lisboa na reformulação dada pelo artigo 81.^o e que passou a fazer parte do Título V do TFUE. Neste foi reforçado objectivo de realização de um Espaço Europeu Comum que garanta a circulação livre das pessoas e com isso assegurar que as pessoas em circulação possam obter uma protecção jurídica eficaz. As instituições europeias podem hoje adoptar novas medidas da cooperação judiciária em matéria civil e comercial através de um processo de co-decisão (com excepção para as matérias de direito da família), permitindo assim agilizar os processos legislativos europeus.

Estas mudanças introduzidas pelo alargamento da competência da UE acabou por desagregar e fraccionar o sistema de DIP português. Agora fala-se em três níveis de regulamentação: nível de integração e espaço comunitário, nível de cooperação internacional (a relação do espaço comunitário com estados terceiros, particularmente visível com o reconhecimento da UE como membro de pleno direito da Conferência de Direito Internacional Privado da Haia) e nível interno (espaço cada vez mais residual de aplicação do direito nacional internacional privado). Estes diferentes níveis de regulamentação encontram-se patentes na regulamentação e sobreposição de instrumentos jurídicos comunitários com as convenções da Haia e DIP interno em matéria de alimento, responsabilidade extracontratual na violação de direitos de personalidade ou protecção de menores.

Uma vez ultrapassada a fase de cooperação e no caminho para a integração desenvolvem-se, em várias dimensões, as liberdades fundamentais da UE com o escopo último de criação de um mercado único. Para tal é necessário afirmar um espaço de

judiciária, o reconhecimento ou a execução de decisões. Ao abrigo da Convenção de Bruxelas, o artigo 57.^o era entendido como uma cláusula de derrogação do primado da convenção face a outros instrumentos normativos.

3 – Cfr. RAMOS, Rui Manuel Moura. "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado." In *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 209-244. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 219.

liberdade, segurança e justiça com vista à rápida circulação e segurança de pessoas e decisões judiciais⁴, como meio de alcançar o mercado interno, promovendo e assegurando as liberdades comunitárias fundamentais. Liberdades estas que, mesmo antes da União afirmar a sua competência directa na sua regulamentação, já traziam a lume novas formas e critérios de regulação de situações plurilocalizadas, pelo menos no espaço europeu⁵. Isto porque as liberdades fundamentais comunitárias — liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais, analisadas pelo prisma do princípio da não discriminação — pressupõem, na sua génese, uma situação de carácter internacional ou plurilocalizado, intervindo assim de forma indirecta: *comunitarização indirecta*^{6 7}.

Apesar destes avanços, o legislador comunitário, em matéria de direito da família no que diz respeito à protecção de menores e regulamentação das responsabilidades parentais, tem limitado a sua intervenção à determinação da autoridade competente, e do reconhecimento e execução das sentenças. A determinação da lei aplicável continuou a ser reservada para os espaços de cooperação, nomeadamente a Conferência de Haia (em particular no que diz respeito a matéria de promoção e protecção dos menores e regulação das responsabilidades parentais, a Convenção de Haia de 1996).

Antes mesmo da existência dos regulamentos relativos à competência, reconhecimento e execução de decisões, os Estados Membros sob a égide da União Europeia aprovaram a Convenção de Bruxelas, convertida posteriormente para o Bruxelas I, com a qual se deu a afirmação do princípio de proximidade como meio de assegurar a competência para adopção Regulamento, afirmando-se aquele como princípio da integração — considerando 8⁸.

Outra mudança de peso opera-se também na desintegração a-sistémica do estatuto pessoal e alteração da conexão relevante. Do paradigma da nacionalidade e vocação jurídico-política a ele inerente passamos para a eleição privilegiada da conexão residência habitual. Conceito essencialmente fáctico e que, mais do que a nacionalidade, delimita o âmbito de aplicação das normas comunitárias. Os direitos e liberdades comunitários

4 – Cfr. DROZ, Georges A. L., e Hélène GAUDEMET-TALLON. “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’ exécution des décisions en matière civile et commerciale.” *Revue critique de droit international privé*, Octobre-Décembre de 2001, p. 608.

5 – Cfr VICENTE, Dário Moura. “Liberdades comunitárias e direito internacional privado.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Outubro de 2009, p. 181.

6 – Cfr. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle. “La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel .” *In Droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, 475-491. Paris: Dalloz, 2005, p. 477.

7 – Em relação ao movimento de integração, devem ser realçados, pela sua importância, os seguintes regulamentos comunitários: Bruxelas I, Bruxelas II bis; Roma I e Roma II. Neste lote se incluindo ainda o Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho de 20 de Dezembro de 2010 (cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial), Regulamento (CE) n.º 4/2009 do Conselho de 18 de Dezembro de 2008 (relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares), Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Julho de 2012 (relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu).

8 – Cfr. (DROZ e GAUDEMET-TALLON), p. 609.

assentes numa cidadania europeia de conteúdo e efeitos limitados, impõem que o espaço comunitário se sedimente em função da residência, mais do que na nacionalidade. A este ponto acresce a ideia de proximidade e integração do cidadão no espaço de justiça onde ele centra a sua vida familiar e pessoal. Neste caso, apesar da ideia de proximidade pela escolha da residência como critério para a consagração da livre circulação e de garantia da não discriminação em razão da nacionalidade, a verdade é que, de forma indirecta, a nacionalidade não foi relegada em absoluto, servindo ainda de mote para a autonomização de conexões com vista ao reconhecimento de situações constituídas ou a constituir. Falamos das situações em que ocorreu a afirmação da cidadania europeia impondo a ineficácia de disposições relativas aos conflitos de nacionalidade (Acórdão Micheletti C-369/90 e Acórdão Garcia Avello, C-148/02, este último dizendo respeito ao direito ao nome) ou da derrogação das regras de conflito quanto a questões de estatuto pessoal como o direito ao nome quanto à conexão nacionalidade e residência habitual (Acórdão Grunkin e Paul, C-353/06⁹).

A isto acresce a afirmação da UE como bloco normativo capaz de celebrar convenções com Estados terceiros, como é o caso da Convenção de Lugano aprovada por Decisão 2009/430/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2008¹⁰.

A assunção de competências da União em matéria de direito internacional privado tem colocado em causa — pelo menos assim já foi aventado J. D. GONZÁLEZ CAMPOS — a autonomia e sobrevivência do direito internacional privado no espaço da união: **o não direito internacional privado**. A consagração de competências directas da UE associadas à criação de um mercado interno levaram, quer de forma directa, quer indirecta, à UE assumir foros de competência em matéria de harmonização e uniformização do direito internacional. Tudo em nome da criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Os artigos 67.^o e 81.^o do TFUE são respaldo deste fito do qual se desenvolveram instrumentos comunitários acima mencionados. A cooperação judicial em material civil visa promover a confiança comunitária, reconhecendo-se competências próprias da União para aprovação de normas sobre competência internacional, normas de conflitos, normas de reconhecimento, execução, prova e documentos e normas de processo civil. E como vimos competências para cooperação internacional entre o bloco da União e países terceiros (para além da já referida Convenção de Lugano, temos, ainda, a participação da União Europeia enquanto membro da Conferência da Haia e, futuramente, como outorgante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

9 – Um caso anterior foi submetido ao TJUE, mas este não reconheceu competência para o apreciar, foi o denominado Niebuill, C-96/04.

10 – Sobre esta questão GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécutions des jugements en Europe*: R. 4e édition. Paris: L.G.D.J., 2009.

3. A interpretação e qualificação no direito internacional da União Europeia

3.1 O problema

A expressão qualificação resulta dos autores ETIENNE BARTIN e FRANZ KAHN a quem se deve a identificação do problema da qualificação. Para estes autores o direito de conflito era um direito estadual que se integrava por isso num dado sistema e que por isso devem ser qualificados segundo critérios de um direito estatal determinado. Não deveria, nesta operação, extrapolar-se para lá do sistema onde se inseriam as normas^{11 12}.

O conceito de qualificação, a nível semântico, diz respeito à fixação da qualidade e consistência. No DIP, o conceito de qualificação, que se veio a autonomizar, entende-se pela operação de subsunção do *quid* (norma da *lex causae*) ao tipo de legal de uma norma de conflitos. O que está em causa é a determinação do âmbito de aplicação material das normas de conflitos e de competência.

Na sua essência, qualificação é uma operação jurídica que toma em consideração o conteúdo e fins de normas materiais, trata-se por isso da qualificação de normas. Segundo FERRER CORREIA cabe aferir, perante uma *“dada uma lei potencialmente aplicável a determinada situação em virtude de uma regra de conflitos do foro, averiguar se as normas dessa lei reguladoras daquele tipo de situações correspondem à categoria normativa visada na própria regra de conflitos e expressa pelo respectivo conceito-quadro”*¹³.

Contudo, no presente trabalho não trataremos propriamente da qualificação de regras de conflitos, mas a interpretação dos conceitos normativos que delimitam o âmbito de aplicação dos instrumentos comunitários¹⁴.

3.2 Precisamos de uma parte geral para o DIP da União Europeia?

Todos os ordenamentos jurídicos dos Estados que integram o espaço comunitário consagram uma parte geral de DIP que tem como principal função consagrar **uma** concepção particular de justiça.

11 – Cfr. MISTELIS, Loukas A. *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 66.

12 – Franz KAHN distinguiu entre conflitos patentes ou expressos, conflitos de conexão e conflitos latentes de normas de conflito. No início do século XX o problema da qualificação era visto, até à entrada em cena de Ernst Rabel, numa prespectiva da *lex fori* ou da *lex causae* (cfr. RABEL, Ernst. “Le problème de la qualification.” *Revue de Droit International Privé* (Recueil Sirey) XXVIII (1933), p. 1 e pp. 12-20). Sobre a posição deste autor ver entre nós COLLAÇO, Isabel de Magalhães. *Da qualificação em Direito Internacional Privado*. Lisboa: s.n., 1964, p. 35, n. 10.

13 – Cfr. CORREIA, António Arruda Ferrer. *Direito Internacional Privado – Alguns problemas*. Coimbra: Policopiado, 1985, p. 53.

14 – A este respeito Jan KROPHOLLER refere que qualificação e interpretação analisados sob um ponto de vista estritamente linguístico não são conceitos equivalentes ou sinónimos, antes conceitos correlativos. Rematando que não é rigoroso falar em qualificação de norma de conflitos e suas partes integrantes, assim como não é rigoroso dizer que se subsume uma norma a uma norma superior (cfr. KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht*. 6., neubearbeitete Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 115).

A nossa parte geral de DIP prevista no Código Civil de 1966 pretende promover e assegurar uma dada concepção de justiça formal¹⁵ com vista à estabilidade e continuidade das relações jurídicas plurilocalizadas¹⁶. Segundo a posição de MOURA RAMOS — que acompanhamos — a parte geral “baseia-se numa concepção própria do direito internacional privado e da sua função específica e que a desenvolvia de forma congruente e harmónica, ao longo das diversas disposições dedicadas aos diferentes problemas nela incluídos”¹⁷. Assim destaca-se o abandono de uma perspectiva **lexforizante**¹⁸ com vista a assegurar a tutela da confiança e as expectativas dos indivíduos expurgando-se assim as regras qualquer teor discriminatório.

Contudo se as legislações internas têm consagrado o seu sistema atento os seus fins e princípios estruturantes, o direito da UE carece de tal reflexão, muito por causa do avanço cauteloso do legislador comunitário. O processo legislativo tem vindo a ser conduzido de forma fragmentária através de regulamentação de determinadas questões jurídicas em especial sem que esteja previsto um enquadramento geral susceptível de dar um dogmática autónoma ao DIP da UE. Dito isto, não poderemos deixar de realçar o carácter autónomo e próprio da construção do mercado interno e que molda a compreensão e funcionamento do método do DIP, mesmo em termos de competência jurisdicional.

Subsistem, no entanto, problemas decorrentes da ausência de uma parte geral, nomeadamente quanto à qualificação, quer dos conceitos e âmbito objectivo dos instrumentos comunitários, quer da natureza processual e material, quer na questão da averiguação e aplicação do direito estrangeiro. Segundo KARL KREUZER faz falta ao DIP uma parte geral coerente e unitária, pelo que saber se se parte para a construção de algo novo ou se desenvolve o que já existe é uma parte da discussão que terá que ser tomada face aos desenvolvimentos e competências da União nesta matéria. Tanto mais que é necessário assegurar, não só que há uniformidade no critério de competência jurisdicional e lei aplicável, mas também nas questões incidentais ou laterais. Estas trazem riscos sérios para o sucesso dos instrumentos comunitários, uma vez que sem parte geral consagrada não há garantias de coerência sistemática e aplicação uniforme do direito

15 – Falar em justiça formal não é falar “duma justiça abstracta ou vazia de conteúdo, mas apenas que se trate duma justiça essencialmente informada pelo valor da segurança e certeza jurídicas” (cfr. MACHADO, João Baptista. *Âmbito de eficácia e âmbito de competências das leis*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 168), ou seja uma justiça não enformada por intencionalidades materiais, mas que não deixa de ser justiça.

16 – Cfr. (RAMOS, Rui Manuel Moura. “Linhas Gerais da evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966.” *In Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 - Volume II - A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 505.

17 – Cfr. (RAMOS, Linhas Gerais da evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966) pp. 518-519.

18 – Há uma intencionalidade na autonomização do DIP em relação ao direito material interno, desde logo pela construção e interpretação das regras de conflitos desprovidas de qualquer tipo de equiparação com as soluções materiais, garantindo flexibilidade e abertura à lei estrangeira. O sistema português concebeu-se como desprendido “na medida do possível das soluções do direito internacional privado (que via de forma praticamente exclusiva como regras de conflitos de leis) e atendendo sobretudo na função última que reconhecia ao ramo de direito em que elas se integravam (mas que se não esgotava no seu mero conjunto)” (cfr. (RAMOS, Linhas Gerais da evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966), p. 519). A função referida é relativa à segurança e confiança jurídica que implica, para uma eficaz tutela, o tratamento paritário das ordens jurídicas estrangeiras, não colocando as expectativas dos indivíduos ao sabor de tendências territorialistas e *lexforizantes* (cfr. *ob. cit.*, p. 519).

de conflitos europeu. Devem ser, por isso, incluídas prescrições do DIP de relevância geral, isso é, as normas que podem ser relevantes em qualquer aplicação de uma regra especial de remissão: qualificação, ligação de questões prévias, remissão e controlo de ordem pública¹⁹. Esse passo pretende ser dado ainda que de forma tímida e circunscrita às matérias reguladas pelo Roma II (artigo 30.º, n.º1 (i)), todavia ainda não está claro como e quando avançara a União²⁰. Não obstante a ausência de regulamentação existe um problema que cabe ser solucionado, isto por questões de carácter geral e comuns a todo o direito processual e internacional privado estarem circunscritas somente ao âmbito de aplicação do Roma II. Ainda que num primeiro momento o Parlamento Europeu tenha argumentado a favor da inclusão de tal regulamentação, a sua posição moderou-se num segundo momento. O Conselho acabou por concluir que a previsão de tais regras numa matéria em especial apenas agudizaria os problemas de qualificação, pois o problema é transversal a todos os domínios de intervenção da UE²¹.

No entanto, mesmo sem parte geral, um princípio regulador das relações plurilocalizadas será a paridade de tratamento das diferentes ordens jurídicas que integram a UE. Este princípio significa que tanto a lei do foro como a lei estrangeira têm de ser tratadas no mesmo plano de igualdade, ou seja a lei estrangeira tem que ter o mesmo tratamento e valor que a lei do foro. Logo, o direito da união deve conceber o sistema como autónomo que prima sobre o direito nacional, não impondo diferenciação formal entre estes, mas assumindo-se como meio de impor interesses e políticas próprias que se sobrepõe aos interesses individuais de cada Estado-membro. Assim, citando BAPTISTA MACHADO há um *“princípio geral de direito, imanente a todos os ordenamentos jurídicos positivos: o princípio da tutela das expectativas legítimas, emanação directa daquela função essencial do direito que é a de estabilizar expectativas, garantindo a previsibilidade necessária aos planos de vida de cada um e a uma ordem de convivência operativa”*²².

3.3 Da Qualificação e Método

a) Aspecto geral

Os princípios de direito da UE têm plena aplicação em matérias internacionais. Também aqui se sente a necessidade de afirmação do princípio do primado do direito

19 – Cfr. TRAUTMANN, Clemens. *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 414.

20 – Na exposição de Clemens Trautmann existem várias posições, uma que defende uma verdadeira parte geral, outra a favor de um instrumento autónomo do direito de conflitos, outra ainda a favor de uma medida isolada (como parece subentender o artigo 30.º, n.º1 (i) do Roma II). Todavia, as contingências de ainda não existir uma regulamentação geral, apenas circunscrita a determinadas matérias, afastam num futuro próximo tal solução geral, ainda que fosse desejável a unificação para o primado e unidade do direito da união, bem como forma de evitar que a regulação por actos singulares levasse à ausência de coerência sistemática desejável atenta a crescente importância do império do direito da união (cfr. (TRAUTMANN), pp. 414-415).

21 – Cfr. (TRAUTMANN), p. 414.

22 – Cf. (MACHADO), p. 163.

da união— quando prevalece sobre o direito interno dos Estados-membros — e, em particular, o princípio da uniformidade da interpretação.

Para alcançar este princípio é reconhecido ao TJUE competências jurisdicionais para dirimir e esclarecer dúvidas de interpretação quanto aos preceitos de direito internacional privado e direito processual internacional²³. As competências da UE em conjugação com as competências do TJUE são o primeiro degrau para a obtenção de um regime unitário de DIP.

b) Metodologia

1) Autonomia

A partir do acórdão EUROCONTROL²⁴, o TJUE afirmou que os conceitos e âmbitos dos instrumentos comunitários deveriam ser interpretados autonomamente. A razão de ser deste entendimento assenta no carácter e natureza da própria ordem jurídica da UE. Existe uma teleologia própria das normas da União e deve ser em função destas, bem como dos princípios gerais e das liberdades fundamentais, que se devem construir conceitos e quadros normativos autónomos, mas não independentes dos conceitos dos Estados-membros. Não obstante se pretender afastar das particularidades e nacionalismos jurídicos por recurso à interpretação autónoma, a verdade é que a UE é o resultado dos diversos sistemas jurídicos individuais, não podendo ter a veleidade de criar uma sistema jurídico *ex novo*. Aliás, mesmo numa fase avançada de integração comunitária consagrada no Tratado de Amesterdão, os regulamentos subsequentes são produto da vontade dos Estados-membros e das tradições jurídicas de cada um. Entendimento que se mantém à luz das alterações do Tratado de Lisboa. O direito uniforme da UE pretende a **unificação das soluções e não propriamente de conteúdo** (VICENT HEUZÉ). Ou seja, as soluções que resultam das normas da União não pretendem (pelo menos de forma intencional) ter um conteúdo reformista dos direitos nacionais, mas sim uma solução de compromisso de coordenação entre as diversas soluções internas²⁵. Pelo que a regra será sempre a interpretação autónoma, salvo quando entenda o legislador da União a remissão para o direito nacional²⁶.

23 – No âmbito da Convenção de Bruxelas foi adoptado o Protocolo de interpretação em 1971, pelos então Estados-membros, no qual foi atribuída competência ao TJUE para interpretação das normas do instrumento internacional, tendo decidido mais de 100 casos de interpretação. A maior parte destes acórdãos, são úteis ainda hoje para a interpretação uniforme da convenção. Todavia, não foi possível alcançar esse entendimento, na égide da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, por falta do número suficiente de ratificações do Protocolo (cfr. (KROPHOLLER), p. 78-79).

24 – Cfr. C-29/76.

25 – Cfr. HEUZÉ, Vincent. *“De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.”* *Revue critique de droit international privé*, Ocotobre-Décembre de 2000, pp. 598-599. Diz ainda este autor que *“on abandone une position, mais en contrepartie de l'adoption d'un mécanisme correcteur pouvant permettre de revenir à des résultats sensiblement équivalents; on surmonte les résistances, et on se constitue des alliés, en proposant de rassembler dans une formule unique des règles de contenu proche, quoique reposant sur des fondements différents”* (cfr. *ob. cit.*, p. 599).

26 – Assim afirmou o TJUE no Acórdão Hagen OHG/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (C- 49/71, §6). Ainda a este respeito ver o Acórdão Corman v Hauptzollamt Gronau (C-64/81 §8). Num posição, não muito clara, pronunciou-se o TJUE quando admitiu adoptar, para lá da interpretação autónoma, a interpretação de acordo com a *lex causae*. Tal ocorreu no Acórdão onde

Apenas por recurso a uma interpretação autónoma é possível assegurar a aplicação uniforme do direito da união, pelo que terá que se averiguar **caso a caso** quanto o fim e objectivo da regulação comunitária (sem perder o norte ao direito originário) e é em função daqueles que devemos obter o resultado interpretativo. Para isso será determinante não só atender aos objectivos da regulamentação em causa, mas até o próprio tipo de acto normativo (directiva ou regulamento). As exigências de interpretação uniforme serão maiores consoante o nível de integração pretendido pelo acto comunitário, por isso quando em causa estejam normas uniformes.

A interpretação autónoma pressupõe ainda uma caracterização jurídica dos conceitos a partir das concepções individuais de cada Estado integrando-os depois no âmbito do ordenamento jurídico comunitário. Uma vez feita esta operação o conceito assume um sentido próprio, mas sem que se possa falar de uma independência absoluta, antes uma relação de interdependência do direito da união face aos direitos nacionais. O fim visado é a fixação de conceitos com suficiente abstracção que permitam a adesão dos direitos nacionais e de acordo com uma consciência jurídica geral da europeia²⁷. Neste sentido, vale o exposto por ROBERTO AGO, com as devidas adaptações, do princípio geral da relatividade dos valores jurídicos integrado na autonomia da ordem jurídica comunitária²⁸. Isto porque os valores tutelados e prosseguidos pela União tem necessariamente respaldo nos diversos ordenamentos de cada Estado-membro, mas tendo presente que geneticamente os conceitos comunitários são autónomos porque contém um pressuposto extrínseco às soluções materiais de cada Estado-membro²⁹.

Os principais elementos para interpretação serão, para além do carácter autónomo, o literal, sistemático, histórico, método comparado e por fim o elemento teleológico.

II) Literal

O objecto da interpretação gramatical assenta no significado das palavras inscritas nos instrumentos normativos, devendo-se averiguar qual sentido das sentido habitual

o TJUE afirmou que: “antes de mais, põe-se a questão de saber se tais expressões e noções devem ser consideradas autónomas e portanto comuns a todos os Estados-membros ou se remetem para as normas materiais do direito aplicável, em cada caso concreto, por força das normas de conflitos a que está sujeito o juiz a quem a questão foi primeiramente submetida” Cfr. Acórdão Industrie tessili italiana/Dunlop AG, C-12/76 §10. Outro exemplo de qualificação da *lex causae* é o Acórdão Webb C-294/92.

27 – Veremos com mais detalhe os elementos e formas de interpretação em seguida, contudo podemos desde já antecipar que o resultado que se obtenha terá que ser próximo da construção de um conceito de direito comparado validado pelos fins e valores prosseguidos pela União Europeia. Os conceitos terão por isso que ter uma dose de abstracção que lhes confira flexibilidade e operatividade no quadro jurídico da União.

28 – Sobre a posição de Roberto Ago ver (COLLAÇO), pp. 109-110.

29 – A respeito das regras de conflitos internas dizia Baptista Machado — com as devidas adaptações se aplica à interpretação autónoma aqui tratada — “a autonomia (...) em relação à normas materiais não é apenas aquela autonomia que as normas materiais mantêm umas em relação às outras (...) mas uma autonomia muito mais acusada, decorrente do facto de a Regra de Conflitos se situar num plano diverso do das normas materiais, visto não colher os seus critérios de decisão naquele sistema de princípios e valores que alimentam as normas materiais, mas fora desse sistema” (cfr. (MACHADO, Âmbito de eficácia e âmbito de competências das leis), p. 242).

e natural do conceito³⁰. Ter-se-á que buscar tal sentido em função das representações nacionais de cada Estado-membro. Este elemento por si só é insuficiente quando o instrumento da UE não preveja uma prévia definição do conceito como sucede, por exemplo, com a definição de responsabilidades parentais (artigo 1.º, n.º 7) e direito de guarda (artigo 1.º, n.º 9) para efeitos do Bruxelas II bis.

A este problema acresce a multiplicidade de línguas oficiais (23) em que fazem fé os instrumentos comunitários. À dificuldade da interpretação gramatical junta-se o facto da mesma palavra poder ter significados diversos dependendo da língua em questão. Ora, a uniformidade de interpretação pressupõe a obtenção de um resultado unitário vinculativo para todos os Estados-membros, pelo que não será uma semântica atomística que prevalece, mas o sentido próprio pretendido e dado pelo instrumento da União³¹. Como já referimos, a autonomia da interpretação não significa independência, pelo que, não se solucionando o problema por recurso a outros elementos, terá que se estabelecer uma base de comparação entre as diversas versões com vista a estabelecer um tronco comum de sentido geral literal do conceito utilizado³². Todavia, o critério será insuficiente na ausência deste tronco comum, funcionando como factor de exclusão da relevância literal e avanço de outros elementos de interpretação³³.

III) Sistemático

O elemento sistemático pressupõe apuramento do sentido da norma em função da sua localização, primeiro no acto normativo, e depois no âmbito do sistema total de normas, em particular o direito originário da União. Este elemento já se tinha revelado determinam no âmbito da vigência da Convenção de Bruxelas³⁴. A aplicação uniforme do direito da UE pressupõe uma interpretação que integre a norma objecto no seu contexto sistemático integrado na ordem jurídica comunitária e não uma interpretação feita de acordo com a compreensão individual de cada ordem jurídica do Estado-membro³⁵.

30 – Cfr. (KROPHOLLER), p. 80.

31 – No acórdão Unger/Bedrijfsvereniging Detailhandel (C-75/63) o TJUE conclui que a “o conceito de «trabalhador assalariado ou equiparado» tem, assim, uma aceção comunitária, aplicando-se a todos aqueles que, nessa qualidade e sob qualquer designação, se encontram abrangidos pelos diferentes sistemas nacionais de segurança social”, p. 424. Logo, não se basta com o significado de **trabalhador** que cada um dos Estados poderia dar, antes um significado literal próprio em conformidade com as liberdades fundamentais. Em sentido convergente veja-se o caso Hagen OHG/Einfuhr-und-Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel acima citado. Neste caso há uma conjugação entre o sentido literal a inserção sistemática como forma de autonomizar os conceitos e assim assegurar a aplicação uniforme do direito da união (cfr. C- 49/71, §§15-16).

32 – Cfr. Acórdão Soziale Verzekeringsbank/Van Der Vecht (C-19/67), pp. 353-354 (versão inglesa).

33 – Assim concluiu o TJUE no acórdão Regina/Bouchereau; “uma comparação das diferentes versões linguísticas das disposições em questão mostra que, com excepção da versão italiana, todas as outras usam termos diferentes em cada um dos dois artigos, pelo que não se pode tirar quaisquer consequências jurídicas da terminologia utilizada. As diferentes versões linguísticas de um texto comunitário devem ser objecto de interpretação uniforme e, portanto, quando exista uma divergência entre essas versões, a disposição em causa deve ser interpretada em função da economia geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento.” (C- 30/77; §§13-14)

34 – Segundo Jan KROPHOLLER argumentação sistemática não teria sido diferente se naquela altura a convenção de Bruxelas já tivesse sido transformado num regulamento da união Cfr. (KROPHOLLER), p. 80.

35 – Neste sentido julgou o acórdão Jordens-Vosters (C-68/79) §6 (versão inglesa).

IV) Histórico

Um elemento tradicional e que deve ser chamado à colação é o elemento histórico. Este integra um visão orientada com vista à obtenção do resultado do processo histórico legislativo e assim a vontade do legislador da união. Para isso servem os diversos documentos que antecederam a aprovação dos actos comunitários como comentários e/ou explicações. A este respeito exemplo digno de registo são os processos de aprovação das convenções de Haia, onde se disponibiliza as actas das sessões e cada convenção é acompanhada de um relatório explicativo. Técnica que acabou por ser adoptada na União Europeia em que o Relatório à Convenção de Roma de 1980 foi exemplo³⁶.

Ainda assim este elemento apenas pode dar o relato então querido mas não do sentido normativo actual e vinculativo, em particular face a um direito cuja dinâmica de evolução e construção foi elevada nos últimos tempos. Contudo, a jurisprudência do TJUE suporta-se neste elemento como forma de reforçar os resultados interpretativos protagonizados pelo Tribunal³⁷.

V) Teleológico

Uma norma jurídica interna, pela sua génese e função, circunscreve-se à utilidade e interesse do Estado que a emana, no caso das normas comunitárias, tal se inscreve os propósitos da integração europeia. Na construção de conceitos autónomos, é necessário proceder à uma compreensão do processo legislativo (mas não estritamente histórico) atendendo à conexão teleológica de vários conceitos e normas que integram os diversos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. Será em função disto que se determina o domínio de aplicação dos diversos instrumentos comunitários, sempre numa perspectiva impositiva por força do primado do direito da união e dos fins inerentes ao processo de integração europeu.

Na afirmação do carácter autónomo da interpretação torna-se relevante ter em conta os princípios e fins do direito da UE. Isto significa a construção em dois patamares do método de qualificação do Direito da União, onde deve ser afixado a conformidade dos conceitos com os princípios e liberdades comunitárias. Numa certo sentido, o resultado da interpretação é um produto da conformidade com aquelas, ou aquelas valem como juízo de censura e controlo sobre o resultado interpretativo. Seja como for, a verdade é que a autonomia da qualificação é afirmada em primeira linha como meio de construção do mercado interno, sendo os actos comunitários instrumentos para este efeito que os Estados-membros não podem bloquear por via do seu direito interno.

36 – Cfr. (GIULIANO e LAGARDE).

37 – Cfr. (KROPHOLLER), p. 81. A este respeito ver (LUTTER), p. 599.

Assim, o direito originário da UE e suas liberdades fundamentais constitui o núcleo de valores e interesses a proteger e desenvolver, pelo que está o direito derivado a estes vinculados. Por isso a interpretação teleológica conforma o resultado em função dos objectivos imediatos pretendidos e a sua eficácia prática³⁸. O TJUE invocou repetidamente o argumento com vista a assegurar a plena eficácia do direito da união³⁹. Aliado à conformidade do direito da União e seus objectivos, principal argumento a favor da interpretação autónoma torna também possível assegurar uma interpretação contemporânea dos seus actos normativos com vista ao desenvolvimento e uma interpretação continuada⁴⁰.

VI) Comparativo

Ainda que não seja expressamente reconhecido, muita da interpretação dos actos da união passa pela construção de conceitos comuns a todos os sistemas jurídicos por recurso ao método de direito comparado. Como já referimos, autonomia não pressupõe independência, pelo que muito do sentido jurídico está fortemente imbricado nos conceitos comuns aos Estados-membros e na consciência jurídica geral.

A afirmação de uma competência exclusiva em matéria de interpretação do direito da União ao TJUE confere garantias de uniformidade de interpretação, todavia a relação entre jurisdições e doutrina acaba por ser ambivalente. Isto porque a evolução na construção dos conceitos por vezes depende não só da função de charneira do TJUE, mas também da própria actuação das ordens nacionais, quer na precisão de conceitos, quer no processo de interpretação das normas nacionais face ao direito da união.

Mas o papel mais importante é, como dito acima, o facto de os conceitos não brotarem de forma inovador, antes serem o resultado da coordenação das concepções jurídicas de cada Estado, pelo que analogia entre conceitos permite a delimitação e construção dos próprios conceitos comunitários. É por isso comum verificar que há decisões do TJUE onde são invocados princípios gerais do direito enquanto verdadeiro direito comum da União assente na consciência jurídica geral⁴¹. Assim resulta do caso EUROCONTROL, acima referido, onde, perante a qualificação do direito como público ou

38 – Cfr. (KROPHOLLER), p. 81.

39 – Como exemplo de Acórdãos onde foi consagrado o efeito útil vejam-se, entre outros, os Acórdãos Royer (C-48/75); Merck Hauptzollamt Hamburg-Jonas (C-292/82). Ainda a este respeito afirmou o TJUE no acórdão Farrell/Longveja que é “a favor de uma interpretação autónoma dos termos utilizados pela convenção, por forma a assegurar a esta a sua plena eficácia, na perspectiva dos objectivos do artigo 220. do Tratado CEE, para cuja execução foi celebrada a convenção (cfr. C-295/95, §12). Outro exemplo é o acórdão C-383/95: “interpretação autónoma é a única que permite assegurar a aplicação uniforme da convenção, cujo objectivo consiste, designadamente, em uniformizar as regras de competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes, evitando, na medida do possível, a multiplicação da titularidade da competência judiciária a respeito de uma mesma relação jurídica, e em reforçar a protecção jurídica das pessoas domiciliadas na Comunidade, permitindo, simultaneamente, ao requerente identificar facilmente o órgão jurisdicional a que se pode dirigir, e ao requerido prever razoavelmente aquele perante o qual pode ser demandado” (cfr. Ruttern/ Cross Medical) §13.

40 – Cfr. (KROPHOLLER), p. 82.

41 – Cfr. (KROPHOLLER), p. 81.

privado, o TJUE julga que não é aos Estados em causa que cabe decidir a qualificação, mas aos *“objectivos e ao sistema da convenção e, por outro, aos princípios gerais que resultam do conjunto dos sistemas jurídicos nacionais”*.

Outro acórdão interessante, foi o proferido no caso Sonntag/Waidmann. Para além de se afirmar a jurisprudência iniciada no acórdão EUROCONTROL quanto à interpretação autónoma, afirma-se ainda que a natureza cível ou penal é uma questão para as quais os Estados-membros dão, em geral, como resposta a favor da qualificação cível avançando como sendo essa a interpretação do artigo 5.º (4)⁴². Em seguida, e quanto à construção do conceito de autoridade pública no exercício de poderes públicas, afirma o TJUE que estes só existirão quando correspondam ao exercício de poderes exorbitantes face às regras de direito privado sustentando-se, mais uma vez, na aceitação **geral** dos Estados-membros⁴³. Decorre da posição do TJUE que os conceitos são imbricados por um entendimento geral partilhado, e que este prevalece mesmo no caso de um dos Estados-membros perfilhar outra compreensão normativa. Este aresto demonstra que a qualificação sobre o tipo de poderes de um docente que integra uma escola pública não depende da qualificação operada pelo Estado de origem⁴⁴. Deste modo concluiu o TJUE a favor da aplicação da Convenção de Bruxelas, mesmo que o regime de garantia fosse de direito público e o litígio fosse apreciação pela jurisdição criminal⁴⁵.

Se entre os vários direitos nacionais existir uma larga concertação quanto ao sentido jurídico de um conceito, então é um argumento para adaptar a solução ao direito da União quando corresponder aos objectivos do acto jurídico a interpretar. Um exemplo desta compreensão formulado pela doutrina diz respeito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e o âmbito de competência material do regulamento Bruxelas IIbis que será tratado **infra**.

Assim, a questão da interpretação pode passar pela consideração de regras conhecidas, doutrina e jurisprudência dos estados membros, sempre que o direito da União não disponha de solução para decidir sobre o caso⁴⁶. A circunstância de que se pode constatar nas ordens jurídicas singulares uma coincidência sobre o conteúdo de um conceito, promove a interpretação do respectivo conceito para efeitos do Direito da União do mesmo modo.

Partindo do carácter autónomo dos conceitos, o resultado interpretativo terá que perpassar todos os sistemas jurídicos dos Estados-membros. Os conceitos comunitários serão naturalmente distintos dos conceitos de direito interno, mas não indiferentes. Partindo da tese de ERNST RABEL, para além dos elementos acima identificados, a interpretação

42 – Cfr. (C-172/91), §§18-19.

43 – Cfr. (C-172/91), §22.

44 – Cfr. (C-172/91), §25.

45 – Cfr. (C-172/91), Conclusões.

46 – Cfr. Acórdão Alegria (C-7/56, C-3/57 e C-7/57).

pressupõe que o resultado obtido ou a obter seja validado perante os diversos ordenamentos jurídicos. Caberá ao interprete estabelecer um termo de comparação (*tertium genus*) entre os diversos conceitos existentes e a teleologia própria do acto comunitário, para assim validar o resultado. Só a partir da abstracção dos diversos regimes jurídicos dos estados-Membro é possível obter um resultado que seja comum a todos e assim um verdadeiro e autónomo conceito de direito da União⁴⁷. O objectivo é que o conceito seja identificado pelos diversos ordenamentos dos Estados-membros⁴⁸. Este entendimento permite afirmar a valia do método comparatístico no âmbito da UE, pois é na diversidade ou similitude entre os sistemas dos Estados-membros se fundam as questões jurídicas autonomizadas nos instrumentos comunitários e que se querem uniformizar ou harmonizar. Tanto mais que hoje já é reconhecido o método comparado como meio de integração de lacunas⁴⁹.

Aliás, podemos mesmo afirmar que a principal crítica que se fez ao método de ERNST RABEL, numa perspectiva do ordenamento comunitário, é ultrapassada na medida em que os princípios da interpretação uniforme e as garantias conferidas pelo Tribunal de Justiça da União assegura o que não estava ao disponível para ao juiz interno: a construção de conceitos comparados uniformes. Ainda a favor da tese de ERNST RABEL encontramos uma prévia circunscrição espacial dos ordenamentos jurídicos, pelo que a construção dos conceitos comparados é, não só limitada pela sua teleologia, mas sobretudo porque resulta de um quadro jurídico pré-estabelecido e conformado. Esta delimitação permite *per se* a operacionalidade e eficácia do método⁵⁰.

IV. Alguns casos: a interpretação e delimitação dos conceitos autónomos

3.4 Contrato e facto ilícito

Com vista à construção de uma noção de contrato o TJUE não avançou um conceito autónomo, ainda que tenha rejeitando a competência da lei nacional aplicável quanto à qualificação da relação jurídica, antes afirmou uma análise teleológica (**objectivos prosseguidos**)⁵¹. O relatório explicativo da convenção de Bruxelas sublinha que *“ao estabelecer normas de competência comuns, a Convenção tem... por finalidade assegurar... dentro do âmbito que ela deve regular, uma verdadeira ordem jurídica da qual deve resultar a maior segurança. Nesse sentido, a codificação das normas de competência contida no título II, tendo em conta todos os interesses em presença, define qual é o tribunal territorialmente mais qualificado para conhecer de um litígio”*⁵².

47 – Cfr. (MACHADO, Lições de Direito Internacional Privado), p. 94.

48 – Para Ernst Rabel o resultado do método comparativo teria que desembocar na adesão dos diferentes Estados ao conceito dele resultante (cfr. (RABEL), p. 2).

49 – Cfr. (TRAUTMANN), p. 283. Assim foi reconhecido expressamente, inter alia, nos acórdãos C-7/57 (Alegra), C-129/83 (Zelger), §11, C-3/91 (Exportur S.A.), §11.

50 – Sobre a crítica ao método de Ernst Rabel, entre outros ver (COLLAÇO), p. 174 e ss., (GRUNDMANN), p. 66 e seguintes.

51 – Cfr. (HEUZÉ), p. 604. Acórdão 26/91 – Jakob Handte §10

52 – Cfr. (Jornal Oficial, 1979, C 59), p. 1.

O TJUE desenvolveu no âmbito da interpretação do artigo 5, n.º1 e 3 da Convenção de Bruxelas o conceito de contrato. Todavia, não é líquido que haja uma uniformidade na noção de contrato entre os Regulamentos Bruxelas I e os Roma I e II.

O primeiro argumento contra a coincidência de conceitos é o fim prosseguido pelo Bruxelas I. Neste, o acto que pretende regular a competência, reconhecimento e execução de decisões, prossegue o fim do equilíbrio justo dos interesses processuais. Ao contrário do que sucede nos Roma I e II, em que está em causa é a justiça conflitual. Daí que a concordância de interesses possa justificar soluções diferentes, nomeadamente em termos de resultado do conceito de contrato e facto ilícito, porque os interesses não são os mesmos.

Contudo o carácter autónomo da interpretação não pode significar, e muito menos ignorar, que os actos normativos integram um sistema, ainda que de construção faseada temporalmente. As opções de um e de outros, ainda que atenta a fim especiais (um processual outro conflitual), têm que ser integrados de sistematicamente com vista à uniformização e construção de conceitos verdadeiramente autónomos de direito da união. Até porque só desta forma se assegura e promove a segurança e certeza jurídica⁵³.

Assim deve ser entendido que há uma uniformidade no entendimento do que é contrato e facto ilícito, pelo que é pertinente invocar a jurisprudência do TJUE a respeito da interpretação do artigo 5.º, n.º1 Bruxelas I para a interpretação do conceito de contrato e facto ilícito dos artigos 1.º, n.º1 e artigo 4.º dos Roma I e II⁵⁴.

O TJUE, partindo de uma interpretação autónoma⁵⁵, desenvolveu o conceito autónomo de contrato no âmbito da interpretação do artigo 5.º, n.º1 da Convenção de Bruxelas (hoje Bruxelas I). Assim sucedeu com o acórdão Handte/TMCS no qual se pugna pela existência de um contrato quando exista um compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra⁵⁶. Já quanto à definição de facto ilícito, o TJUE, e de acordo com a interpretação autónoma⁵⁷, afirma que “o conceito de matéria extracontratual na acepção do n.º 3 do artigo 5.º da Convenção deve ser considerado um conceito autónomo que abrange qualquer acção que tenha em vista desencadear

53 – Cfr. (WENDELSTEIN), p. 144.

54 – Cfr. (WENDELSTEIN), p. 145.

55 – Assim foi afirmado no acórdão Martin Peters onde o TJUE afirma “la notion de matière contractuelle sert de critère pour délimiter le champ d’application d’une des règles de compétences spéciales ouvertes au demandeur. Compte tenu des objectifs et de l’économie générale de la Convention, il importe, en vue d’assurer dans la mesure du possible l’égalité et l’uniformité des droits et obligations qui découlent de la Convention pour les États contractants et les personnes intéressées, de ne pas interpréter cette notion comme un simple renvoi au droit interne de l’un ou de l’autre des États concernés” (cfr. C-34/82 §9, versão francesa). Concluindo em §10 que a plena eficácia do direito da união depende de uma interpretação conforme os fins e interesses prosseguidos pelo acto comunitário.

56 – Cfr. C-26/91, §15. Posição que foi confirmada no Acórdão Réunion européenne (cfr. C-51/97, §19). Para referência a outros acórdãos ver (GAUDEMET-TALLON), p. 170.

57 – No acórdão Kalfelis/Schröder o TJUE deixa bem claro que não é admissível interpretar os actos normativos por remissão: “tendo em conta os objectivos e a sistemática geral da convenção e a fim de assegurar na medida do possível a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações decorrentes da convenção para os Estados contratantes e para as pessoas interessadas, não se deve interpretar este conceito como simples remissão para o direito interno de um ou outro dos Estados em questão” (cfr. C-189/87, §15).

*a responsabilidade do réu e que não esteja relacionada com a «matéria contratual» na acepção do n.º 1 do artigo 5.º*⁵⁸.

A distinção assenta por isso na responsabilidade baseada na vontade⁵⁹. De acordo com estas teorias, a vontade vincula as partes porque estas assim o querem, assentado na liberdade do homem enquanto verdadeiro direito natural. Partindo de uma imagem do mundo em que cada pessoa tem a liberdade de se vincular por uma declaração de vontade livre e autónoma, independentemente de um partido, Um dos preconizadores desta teoria foi HUGO GROTIUS segundo o qual a vinculação contratual decorre, não de normas legais e da sua representação social, mas sim a partir da actuação livre da vontade das partes⁶⁰.

Esta compreensão sobreviveu à época do iluminismo, continuando-se a fazer crer que a pessoa actua em sede de responsabilidade própria e tem a possibilidade por força da sua livre vontade concluir contratos enquanto através disso nenhum terceiro for lesado. Afirma-se e consagra-se como princípio geral o reconhecimento da autonomia privada e conseqüente reconhecimento da liberdade contratual. Assente no poder de autodeterminação da pessoa, o contrato apresenta-se como o exercício de liberdade pessoal na auto-conformação dos seus interesses. A conseqüência de um tal contrato, é que a promessa firmada pelo devedor atribui ao credor o poder jurídico de exigir o seu cumprimento. E por força deste nexó, produto da vontade, a responsabilidade que daí advenha será apreciada à do produto da vontade livremente manifestada. Em sentido contrário apresenta-se a responsabilidade extracontratual na qual a responsabilidade não decorre de um vínculo voluntariamente assumido, antes da imposição normativa por uma ordem jurídica, independentemente da vontade das partes, tendo por fundamento a lei de um Estado que determinam os pressupostos de responsabilidade quando ocorra um facto danoso⁶¹. Assim, a relação que existe entre o autor e o lesado é somente o facto danoso. O sentido e finalidade do regulamento estatal autoritário que está numa relação de tensão com a liberdade geral de actuação e desta maneira da autonomia das partes, deve ser vista no facto da regulação do estado como “garantia do poder natural do homem do poder sobre si próprio contra uma intromissão alheia” (FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY)⁶².

É na fonte da relação que reside a diferença e é por isto que se acolhe a responsabilidade quando o dano emergente atinja somente o património. Em contraposição à responsabilidade delitual, onde não existe qualquer relação prévia a não ser a violação de bens jurídicos tutelados ou por direito absolutos ou norma de protecção. A existência

58 – Cfr. Acórdão Kalfelis/Schröder C-189/87 §18.

59 – Cfr. WENDELSTEIN, Christoph. *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 145.

60 – Cfr. (WENDELSTEIN), p., p. 146.

61 – Cfr. DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West, 2000, p. 5.

62 – Apud (WENDELSTEIN), p. 147.

de uma relação jurídica emergente da vontade ganha foros de autonomia especial perante relações jurídicas decorrentes da lei, uma vez que é por intermédio da vontade que nascem os deveres, quer por integrarem a prestação principal, quer porque a relação estabelecida exige das partes um comportamento leal e honesto uma vez que a relação gera fundadamente confiança na outra parte quanto à actuação do outro. Na vontade reside o poder de auto-regulamentação das relações jurídicas que enquanto tais impõem às partes uma actuação de boa fé, residindo neste princípio, e perante a determinabilidade dos bens jurídicos das partes, um dever de respeito e lealdade entre estas.

O entendimento perflhado pelo TJUE assente na liberdade de determinação pretende conciliar e abarcar as diferentes noções de contrato, construindo o conceito de contrato na medida do possível assente na consciência jurídica geral dos Estados-membros. O TJUE fixa os pressupostos mínimos do contrato, mas sem que tais sejam bastantes para afirmar pela existência de um contrato⁶³. Por isso, a opção de Bruxelas I é fornecer conexões concorrentes fixadas em função da especialidade da relação existente entre as partes (artigo 5.º, n.º1, competência especial; artigo 2.º, n.º 1, competência geral), podendo o lesado optar livremente por qualquer um das jurisdições. Não existindo contrato, vale a competência geral do artigo 2.º, n.º1 em concorrência com o artigo 5.º, n.º 3.

A opção pela competências concorrentes assegurando uma competência genérica permite colmatar eventuais lacunas pois sempre poderá o lesado recorrer ao tribunal da residência do réu, assegurando por isso uma tutela jurisdicional efectiva. Aliás não sendo a questão subsumida em nenhum dos n.ºs 1 e 3 do artigo 5.º, restará sempre a competência residual do artigo 2.º, n.º1 Bruxelas I⁶⁴.

A determinação de um sentido autónomo pretende conferir segurança e protecção jurídica das pessoas residentes na União Europeia fixando uma competência certa e previsível⁶⁵.

A competência concorrente representa o interesse próprio do Bruxelas I enquanto acto que fixa a competência dos tribunais. Ora, a respeito da lei aplicável, os fins que lhe subjazem impõem a determinação da lei aplicável e não a admissão de competências

63 – Cfr. LEHMANN, Matthias. *“Der Anwendungsbereich der Rom I - Verordnung - Vertragsbegriff und vorvertragliche Rechtsverhältnisse.”* In *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa - Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, de Franco Ferrari e Stefan Leible, 17-40. Frankfurt-Leipzig: Jena : JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2007, p. 26 e ss.

64 – Ainda na vigência da Convenção de Bruxelas, Hélène Gaudemet-Tallon, a respeito das dificuldades de qualificação quanto à responsabilidade do produtor, concluiu que os fins da regulamentação da competência internacional deveria permitir afirmar, perante a indefinição na qualificação como contratual ou delitual, a derrogação das competências especiais (cfr. (GAUDEMET-TALLON, Anotação ao Acórdão Jakob Handte), p. 736).

65 – O TJUE no Acórdão Marinari referiu que *“convém, no entanto, salientar que a Convenção não pretendeu ligar as regras de competência territorial às disposições nacionais relativas às condições da responsabilidade civil extracontratual. Com efeito, estas condições não se repercutem necessariamente nas soluções adoptadas pelos Estados-Membros quanto à competência territorial dos seus órgãos jurisdicionais, fundando-se esta competência noutras considerações”* (cfr. C-364/93, §18). A interpretação do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção, em função do regime da responsabilidade civil extracontratual aplicável carece, portanto, de fundamento. Além disso, é incompatível com o objectivo da convenção que é o de definir atribuições de competência certas e previsíveis (neste sentido ver os acórdãos Rosier, C-241/83 e Handte, C-26/91).

concorrentes. Logo, não obstante a o elemento sistemático que aponta para adopção de um conceito unitário de contrato e facto ilícito, a verdade é que as especificidades de cada acto levam a que no âmbito da lei aplicável se tenha que aprofundar noção de contrato para efeitos de direito da união atendendo aos fins que visam os Roma I e II.

Pelo que a determinação de uma relação contratual com vista à fixação da competência é tida autonomamente à noção de contrato para efeitos do Regulamento Bruxelas I independentemente do respeitante à *lex causae* e desde que haja um compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra. Limitando-se os efeitos da decisão para determinação da competência não vinculado o Tribunal na qualificação dos factos e sua relevância jurídica para que regula a as regras de conflitos dos Regulamentos Roma I e II⁶⁶.

3.5 Medidas Tutelares Cíveis e Apadrinhamento

O apadrinhamento civil cria uma relação jurídica nova no direito português e que acresce aos institutos da tutela e da adopção restrita, aproximando-se, apesar de tudo, mais da figura da tutela, uma vez que não se estabelece qualquer relação jurídica de filiação. Trata-se, antes, de uma medida tutelar cível, que visa suprir o exercício das responsabilidades parentais por impossibilidade, incapacidade ou vontade dos pais. Podemos, assim, afirmar que o apadrinhamento visa substituir os pais no exercício das responsabilidades parentais em relação à criança ou jovem, não se fazendo, porém, os padrinhos, passar por aqueles.

Os padrinhos assumem o exercício de um conjunto de poderes funcionais essenciais ao suprimento da incapacidade dos afilhados por menoridade, em vez dos pais, nos termos gerais fixados para o regime da tutela (artigo 7.º, n.º1 e 2 da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro, que remete para os artigos 1936.º a 1941.º do Código Civil (CC)). Todavia, e uma vez que o propósito do novo instituto é assegurar uma medida de conteúdo flexível, com vista à sua adequação aos interesses da criança ou jovem, prevê-se a possibilidade legal, quer por vontade dos pais e padrinhos, quer por decisão do tribunal, de os poderes funcionais que constituem o núcleo essencial daquele exercício próximo do das responsabilidades parentais ser limitado (artigo 7.º, n.º 1 *in fine*).

Esta faculdade legal não confere, ainda assim, aos pais e futuros padrinhos, nem tão pouco ao tribunal, um poder arbitrário e, muito menos, de natureza absolutamente discricionária. A conformação do conteúdo de poderes funcionais na relação jurídica de apadrinhamento exige uma vinculação legal ao prumo do instituto: suprir o exercício das responsabilidades parentais pressupondo, para o efeito, a concretização de uma relação

66 – As questões atinentes à violação de deveres pré-contratuais enquadra-se, apenas para efeitos de competência, como do âmbito da responsabilidade extracontratual. Neste sentido e entre outros ver o Acórdão C-334/00, C-189/87, C-261/90 e C-26/91.

de cuidado. Isso mesmo decorre do artigo 2.º, quando prevê que o vínculo jurídico tenha um carácter afectivo. Trata-se, pois, de uma manifestação normativa do conceito de cuidado, enquanto obrigação material de conteúdo e vinculação jurídicos e não apenas morais.

O apadrinhamento, mais do que uma solução revolucionária, visa apresentar uma nova relação jurídica alternativa às respostas até agora existentes de integração das crianças e jovens em meio familiar, surgindo, ademais, como medida tutelar tendencialmente definitiva e que não se dirige exclusivamente às situações de crianças e jovens em perigo, muito embora este seja, por excelência, o seu público alvo. Para além destes casos, no entanto, o apadrinhamento civil pode, de facto, surgir como resposta para os casos de crianças ou jovens que, não estando em perigo, se entende poderem desenvolver-se mais harmoniosamente fora do núcleo familiar biológico (casos de iniciativa de apadrinhamento pelos próprios pais, por exemplo). Contrapõe-se a sua natureza, por outro lado, à natureza provisória do leque de medidas elencadas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro) (LPCJP).

Absolutamente imprescindível para a compreensão do apadrinhamento civil é que não deixemos de contrapor a natureza e regulação dos poderes funcionais dos padrinhos, que tendem a esgotar o conteúdo das responsabilidades parentais a exercer em remanescente pelos pais, com o direito subjectivo que os pais mantêm em relação aos filhos apadrinhados.

Partindo do modelo legal do conteúdo dos poderes funcionais atribuídos aos padrinhos, diremos que os direitos conferidos por lei aos pais, em particular o seu núcleo essencial (artigo 8.º), salvaguardam o direito subjectivo destes e a consequente indisponibilidade/irrenunciabilidade das responsabilidades parentais. A *ratio* inerente ao instituto do apadrinhamento civil pressupõe a presença da família biológica, promovendo a adesão voluntária dos pais ao novo projecto de vida da criança ou jovem. E esta será a regra. Não obstante, existirá sempre ainda um outro âmbito de aplicação do instituto, até porventura mais imediato, que se encontra nos casos das crianças e jovens institucionalizados e, de entre estes, aqueles para quem se tornou inviável a adopção, muito embora mantenham decretada uma situação de adoptabilidade.

É em função do conteúdo e efeitos do apadrinhamento civil que se determina como âmbito de aplicação a residência da criança ou jovem em Portugal (artigo 3.º). A natureza tutelar cível dos efeitos está não só em consonância com as regras de competência internacional (artigo 5.º da Convenção da Haia de 1996, e artigos 8.º, n.º1 Regulamento Bruxelas IIbis, mas também com a determinação da lei aplicável em função da correlação forum-ius (artigo 15.º, n.º1 da Convenção de Haia).

O Bruxelas IIbis integra no seu âmbito material as questões que digam respeito: *“à atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade*

parental”, artigo 1.º, n.º1 al. b). É o próprio regulamento a definir o seu âmbito objectivo, autonomizando e densificando o conceito de responsabilidades parentais, configurando-o como um conceito amplo (artigo 2.º, n.º 7). Isto significa que o regulamento inclui no seu âmbito material e funcional qualquer instituto que vise suprir as responsabilidades parentais sem constituir um vínculo equivalente à filiação biológica tendo como finalidade última a protecção do menor, aplicando-se, portanto, também às situações de apadrinhamento.

5. Conclusão

Chegados aqui podemos concluir que muito caminho terá ainda de ser trilhado pelo legislador comunitário. Até porque a diversidade de sistemas jurídicos acarreta dificuldades na elaboração de regras uniformes com vista à elaboração de um parte geral de DIP da União. Poderá sempre questionar-se se não bastará uma harmonização das regras através da aprovação de um directiva em vez de um regulamento. Contudo, independentemente do juízo de proporcionalidade que se faça sobre o instrumento da União a adoptar, a verdade é que a UE assumiu competências directas que tendem a esvaziar o âmbito de aplicação do direito interno, urgindo integrar estas incursões num quadro legal sistemático e unitário, ou pelo menos harmonioso.

Apenas desta forma será possível assegurar a efectividade do direito da UE e assim o efeito directo das suas normas. Mas se este é o objectivo, o problema é o *iter* para o atingir.

O presente trabalho limitou-se a tratar, de forma sumária, parte dos problemas emergentes do direito processual e conflitual uniforme, pelo que a conclusão que podemos avançar é que existe uma real necessidade de codificação de uma parte geral do DIP da União na qual os diferentes instrumentos que venham a ser adoptados sejam integrados de forma a dar uma resposta clara aos vários problemas que a doutrina e jurisprudência comunitárias têm vindo a identificar.

6. Bibliografia

AA.VV. *La Riforma del Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*. Paris: Economica, 2008.

AYAGO, Antonia Durán. “*La Fragilidad del estatuto personal en la protección de menores y adultos.*” In *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 319-380. Madrid: Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2004.

BORRAS, Alegría. *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*. Vol. 317, em Recueil des Cours, 313-536. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, e Javier Carrascosa González. *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: El Reglamento «Roma II»*. Granada: Comares, 2008.

CARRUTHERS, Janeen M. “Substance and Procedure in the Conflict of Laws: a continuing debate in relation to damages DAMAGES.” *International and Comparative Law Quarterly* 53, n.º 3 (2004): 691-711.

COLLAÇO, Isabel de Magalhães. *Da qualificação em Direito Internacional Privado*. Lisboa: s.n., 1964.

COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*. Bruxelas: COM(2005) 650 final, 2005.

CORREIA, António Arruda Ferrer. *Direito Internacional Privado – Alguns problemas*. Coimbra: Policopiado, 1985.

—. “La Reconnaissance et l’Exécution des Jugements Etrangers en Matière Civile et Commerciale (Droit Comparé).” In *Estudos Vários de Direito*, 105-191. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1982.

—. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

—. *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1989.

DICEY, Albert Venn, John Humphrey Morris, e Lawrence Collins. *Dicey, Morris & Collins: The Conflict of Laws*. 14th edition. London: Sweet & Maxwell, 2006.

DICKINSON, Andrew. *Rome-ing Instinct*. 2006. <http://conflictoflaws.net> (acedido em 26 de Junho de 2013).

—. *The Rome II Regulation: The Law applicable to non-contractual obligations (updating supplement)*. Oxford: Oxford University, 2010.

DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West, 2000.

DROZ, Georges A. L., e Hélène GAUDEMET-TALLON. “*La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’ exécution des décisions en matière civile et commerciale.*” *Revue critique de droit international privé*, Octobre-Décembre de 2001: 601-652.

EHRENZWEIG, Albert. “*Products Liability in the Conflict of Laws – Towards a theory of enterprise liability under «foreseeable and insurable laws».*” *Yale Law Journal*.

EINSELE, Dorothee. “*Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht.*” *RechtsZ* 60 (1996): 417-447.

EVRIGENIS, Dimitrios. *Regards sur la doctrine contemporaine de droit international privé. Vol. II, em Multitudo Legum Ius Unum, Festschrift für Wilhelm Wengler zu seinem 65. Geburtstag, Josef Tittel und den Mitarbeitern des Instituts für internationales und ausländisches Recht an der Freien Universität Berlin (Hrsg.)*, v. II,, 269-284. Berlin: Inter-Recht, 1973.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. “*L’accord procédural à l’épreuve du temps.*” In *Le droit international privé: esprit et méthodes: Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, 263-284. Paris: Dalloz, 2005.

GARNETT, Richard. *Substance and Procedure in Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécutions des jugements en Europe: R. 4e édition*. Paris: L.G.D.J., 2009.

—. “*Note Acórdão Jakob Handte.*” *Revue Critique de Droit International Privé*, oct-déc de 1992: 727-738.

GIULIANO, Mario, e Paul LAGARDE. *Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations. C 282/1*, Bruxelas: Official Journal of the European Communities, 1980.

GRUNDMANN, Stefan. *Qualifikation gegen die Sachnorm: Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*. München: Beck, 1985.

HEUZÉ, Vincent. “*De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l’exemple de l’article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.*” *Revue critique de droit international privé*, Octobre-Décembre de 2000: 595-639.

JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. *Foreign law in national courts: a comparative perspective*. Vol. 304, em Recueil des cours, 181-386. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle. “*La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel.*” In *Droit international privé, esprit et méthodes : mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, 475-491. Paris: Dalloz, 2005.

KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht. 6., neubearbeitete Auflage*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

LAGARDE, Paul. “*Note sou Civ. 1er, 4 octobre 1989: Baat.*” *Revue Critique Droit International Privé*, 1990.

LEHMANN, Matthias. “*Der Anwendungsbereich der Rom I - Verordnung - Vertragsbegriff und vorvertragliche Rechtsverhältnisse.*” In *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa - Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, de Franco Ferrari e Stefan Leible, 17-40. Frankfurt-Leipzig: Jena : JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2007.

LEQUETTE, Ives. *Protection Familiale et Protection Étatique des Incapables*. Paris: Dalloz, 1976.

LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito Internacional Privado: Direito de Conflitos — Parte Especial*. 3.^a. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2009.

LUTTER, Marcus. “*Die Auslegung angeglichenen Rechts.*” *Juristenzeitung*, 1992: 593-607.

MACHADO, João Baptista. *Âmbito de eficácia e âmbito de competências das leis*. Coimbra: Almedina, 1998.

—. “*Contributo da escola de Coimbra para a teoria geral do Direito Internacional Privado.*” *Boletim da Faculdade de Direito*, 1985.

—. *Lições de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2002.

MARQUES dos Santos, António de. “*Constituição e Direito Internacional Privado — o estranho caso do artigo 51.º, n.º2 do Código Civil.*” In *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, 55-77. Coimbra: Almedina, 2004.

MARQUES, J. P. Remédio. *Acção declarativa à luz do código revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007)*, de 24 de Agosto. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MISTELIS, Loukas A. *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

MOSCONI, Franco. *Il ruolo della lex fori nelle recenti convenzioni dell'Aja*. Vol. IXI, em *Diritto Internazionale*,. 1965.

MOTULSKY, Henry. “*Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé.*” In *Travaux du Comité français de droit international privé*, 13-31. Paris: Dalloz, 1948-1952.

NEUHAUS, Paul Heinrich. “*Internationales Zivilprozessrecht und internationale Privatrecht.*” *RabelsZ* 20 (1955): 201-269.

NORTH , Peter, e James FAWCETT. *Cheshire and North's Private International Law*. 13th. London-Edinburgh-Dublin: Butterworths, 1999.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2011.

PITENS, Walter. In *Brussels IIbis Regulation*, montagem por Ulrich Magnus e Peter Mankowski, 50-86. Munique: Sellier European Law Publishers, 2012.

RABEL, Ernst. “*Le problème de la qualification.*” *Revue de Droit International Privé (Recueil Sirey)* XXVIII (1933): 1-62.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Coimbra Editora, XXX.

— . *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*. Coimbra: Almedina, 1991.

— . “*Limites à aplicação das regras de Direito português: a recepção do Direito Internacional Convencional e a aplicação do Direito estrangeiro e Direito Comunitário.*” In *Curso de Direito da Família: Introdução - Direito Matrimonial*, de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, 703-724. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

— . “*Linhas Gerais da evolução do Direito Internacional Privado Português posteriormente ao Código Civil de 1966.*” In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 - Volume II - A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

— . “*Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado.*” In *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, 209-244. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REVILLARD, Mariel. *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*. Paris: Defrénois, 2010.

SENDIM, José Cunhal. “Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no Direito Internacional Privado Matrimonial Português.” *Direito e Justiça*, 1993: 311-375.

SILVA, Nuno Ascensão. *A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*. Studia Iuridica. Vol. 49. Coimbra: BDFUC, 2000.

SPIRO, Erwin. “*Forum Regit Processum (Procedure is Governed by the Lex Fori)*.” *International & Comparative Law Quarterly* 18, n.º 4 (1969): 949-960.

STEIGER, Von. *La protection des mineurs en droit international privé*. Vol. 112, em *Recueil des Cours*. 1964.

TRAUTMANN, Clemens. *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

VARELA, Antunes, J. Miguel BEZERRA, e Sampaio e NORA. *Manual de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

VICENTE, Dário Moura. “*Liberdades comunitárias e direito internacional privado*.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Outubro de 2009: 179-220.

VIDAL, María Dolores Ortiz. “*Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo derecho internacional privado*.” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo de 2010: 376-402.

WENDELSTEIN, Christoph. *Kollisionsrechtliche Probleme der Telemedizin*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

O Direito à Segurança: Garantia ou Limitação à Democracia e aos Direitos Fundamentais?

Olavo Franco Caiuby Bernardes

Responsável pelo Núcleo Societário da NWADV/PA. Advogado formado pela PUC/SP em 2009, admitido na OAB/SP no ano seguinte. Mestre/LLM em Direito Internacional (US and Transnational Law) pela Universidade de Miami (2011). Aluno Especial na Disciplina de Direito à Segurança (2013), Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Fadusp). Vice-Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SP (licenciado). Membro do Conselho dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo (CNA-IASP) (licenciado). Membro da JCI Brasil-China (licenciado). Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará (UFPA), com ênfase em Relações Internacionais (previsão de graduação em 2016). Bolsista do CNPQ (2014 a 2015). Palestrante em temas de Direito Constitucional, Direito Internacional, Direito Comparado, Regulação a Investimentos Estrangeiros no Brasil, Ciência Política e Política Brasileira. Autor de diversos artigos no Brasil e no Exterior.

George Augusto Niaradi

Coordenador de Projetos Institucionais e Professor da Faculdade Damásio|Devry, e Professor do Curso de Relações Internacionais da Escola de Negócios da Universidade Anhembi Morumbi, ambas em São Paulo. Tem graduação em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de São Paulo (1996), com habilitação em Direito Público e doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2003). Prosseguiu estudos de Pós-Doutorado em Direito Natural pela Università della Santa Croce, Roma, Itália (2005), além de cursos de extensão na Faculdade de Direito de Coimbra (2001), Central European University, Budapeste, Hungria (2005) e foi bolsista-pesquisador da Fundação Ryoichi Sassakawa, Japão (1999-2001) e da Fundación Carolina (2007-2008). Em 2011, obteve Certificate of Ph. D in International Legem pela Thomas Jefferson School of Law, San Diego? EUA. É Personalité d'Avenir de la République Française (2009), recebeu premiação do Programme d'invitation de personnalité Étranger du Gouvernement du Québec (2011). Na Aliança Francesa, é Membro do Conselho Deliberativo (2010-2012, e, 2012-2014, e 2014-2016), da Diretoria (2010-2012, e, 2012-2014, e 2014-2016) e foi Secretário-Geral da Diretoria (2010-2012). É Membro-Fundador da Comunidade dos Juristas de Língua Portuguesa (2010). É avaliador da Câmara de Ensino Superior do Conselho de Educação do Estado de São Paulo (2008-atual). Na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo é Conselheiro Seccional (2010-2012 e 2013-atual), Membro da 4ª Câmara Recursal (2010-2012) e atualmente da 5ª Câmara Recursal, ocupa o cargo de Presidente da Comissão de Relações Internacionais (2010-2012 e 2013-atual), tendo sido Presidente da Comissão de Comércio Exterior e Relações Internacionais (2007-2009). No ICC – International Chamber of Commerce – Paris – é representante do Brasil no Comitê Aduaneiro e de Facilitação do Comércio. Na FECOMERCIO, é Diretor (CECOMERCIO) e Secretário-Geral da FECOMERCIO-Arbitral. Membro da Chambre Internationale d'Arbitrage de Paris, todas atividades e postos esses de caráter voluntário e benévolo.

Resumo

O objetivo deste artigo é discutir a efetividade e a importância do Direito à Segurança Ordenamento Jurídico Nacional. Esse direito previsto no “*caput*” do artigo 5º, da Constituição Federal, apesar de igual importância aos direitos à vida, a igualdade e a liberdade, não é tão explorado dentro da doutrina jurídica nacional na proporção de outros direitos fundamentais.

Palavra-Chave: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Direito à Segurança; Constituição Federal de 1988.

Abstract

The purpose of this article is to discuss the effectiveness and the importance of the Right to Security to the Brazilian Legal System. This right predict in the scope of article 5th, of the Federal Constitution, despite of equal importance to the rights to live, of equality and liberty, it is not explored by the Brazilian doctrine in the proportion of other fundamental rights.

Keywords: *Constitutional Law; Fundamental Rights; Right to Security; 1988 Federal Constitution.*

Introdução

O presente trabalho se propará a responder se o direito à segurança constitui garantia ou limitação à democracia e aos direitos fundamentais. Em nosso trabalho, demonstraremos que o direito à segurança justamente auxilia a garantir e manter a democracia e os direitos fundamentais, no que concerne o sistema brasileiro.

Direito à Segurança e a Constituição Federal de 1988

Os direitos previstos pela Constituição Federal de 1988 podem ser divididos em: a) direitos de primeira geração, os chamados direitos individuais e coletivos (ex: vida, igualdade, liberdade); b) direitos de segunda geração, conhecidos como direitos sociais e econômicos (saúde, educação, previdência social) e, c) direitos de terceira geração, os chamados direitos coletivos e transindividuais, ligados a valores de fraternidade e solidariedade (direito do consumidor, direito ambiental)¹.

A Constituição de 1988, conhecida como Carta Cidadã por seus defensores, por seu forte teor social, após vinte e um anos de um regime de exceção, pode ser considerada constituição antenada com as tendências mais modernas e avançadas do Direito Constitucional moderno, ao prever a existência dessas três gerações de direitos. Se pegarmos, por exemplo, a constituição norte-americana, perceberemos a existência apenas do chamado Dever Negativo do Estado, ou seja, o dever do Estado Norte-Americano não intervir na conduta privada de seus cidadãos, não sobretaxá-los, não puni-los sem o devido processo legal, não restringir sua liberdade de locomoção, ao menos se houver uma pena, etc².

Não há na Constituição Norte-Americana previsões constitucionais aos chamados direitos sociais, muito menos aos direitos coletivos e transnacionais. Em casos como o

1 – NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método, 2009, 3 ed., páginas 362/364.

2 – STONE, Geoffrey R. et al., *Constitutional Law*, Sixth Edition, Aspen Publishers.

Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) de 2010, conhecido popularmente como *Obamacare* – lei que obriga todos os norte-americanos a terem um plano de saúde, sob pena de multa – o que se discutiu na Suprema Corte daquele país foi se referida lei feria o devido processo legal da população norte-americana, ou impunha um tributo inconstitucional³.

Entretanto, no caso da Constituição Brasileira, a exemplo de sistemas constitucionais europeus e latino-americanos, há previsão explícita a esses direitos, um dever estatal de realizar ações, – o chamado Dever Positivo do Estado – e nesse ponto ingressa o direito à segurança⁴.

O artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal prevê que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) (grifo nosso)*”⁵

Pela simples leitura desse artigo diversas dúvidas podem restar. O que seria o conceito de segurança? Segurança para quê? Segurança pública, segurança alimentar, segurança do trabalho? Qual seria a ideia do legislador ao prever esse termo no caput de uns artigos mais importantes da constituição, o artigo 5º, que, em seus diversos incisos, lista os chamados “direitos fundamentais”?

Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

Em seu artigo, *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*, Adriano dos Santos Iurconvite escreve que os direitos fundamentais “*são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas*”. Segundo ainda o mesmo autor, “[a] própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como *direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV)*”⁶.

Com todo o respeito que podemos ter por esse intelectual do Direito, discordamos significativamente dessa interpretação. Direitos do Homem (*Droit des hommes*, como é

3 – Vide o caso *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012).

4 – O constitucionalismo europeu e latino-americano é muito influenciado pelo conceito de *Welfare State*, ou seja, o Estado de Bem Estar Social, onde o Estado deverá prover aos seus cidadãos certos direitos sociais, como o direito à educação, saúde, seguridade social. (Vide: *Development, Democracy, and Welfare States: Latin America, East Asia, and Eastern Europe*, Stephan Haggard y Robert R. Kaufman, Princeton, Princeton University Press, 2008).

5 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

6 – IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*, Site Âmbito Jurídico (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528).

conhecido na França), também conhecidos por Direitos Humanos, não são o mesmo que direitos fundamentais, estando aqueles previstos, no Brasil, no artigo 4º da Constituição Brasileira. Além disso, direitos humanos, ou direitos do homem, igualmente tem uma conotação mais internacional, extraídos de tratados e convenções internacionais. Já liberdades fundamentais ou liberdades públicas, como o direito de ir e vir, o direito à liberdade e o **direito à segurança**, estão previstos constitucionalmente, positivados pelo Legislador Constituinte.

Por sua própria nomenclatura – fundamentais –, podemos perceber que tais direitos são edificantes para o Estado Democrático, tanto que para José Afonso da Silva o Estado de Direito dá-se pela: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.⁷ Mais adiante o renomado constitucionalista enuncia utopicamente que “*A concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres*”⁸.

Para João Trindade Cavalcante Filho, em artigo sobre o tema, direitos fundamentais “*são os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica*”⁹. Entendemos onde aquele autor quis chegar e concordamos em grande parte com sua definição¹⁰.

Para definirmos a fundo, o que são direitos fundamentais, precisamos buscar sua essência na história, pois como raciocinou Alexandre de Moraes, “[os direitos fundamentais] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”¹¹.

Moraes, autor fruto de seu tempo, busca as origens dos direitos fundamentais na tradição judaico-cristã presente, principalmente, no continente europeu e transplantada para a América Latina, incluindo o Brasil, com a colonização europeia. Como também fruto de nosso tempo, não temos condições de reconhecer, ou não, a existência de direitos fundamentais na tradição asiática e do Oriente Médio, sendo nossa análise de pensamento a partir da filosofia greco-romana. Isso não significa que algo semelhante não exista no pensamento jurídico dos países da região asiática, ou mesmo africana, apenas não saberíamos explanar sobre o assunto.

7 – SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 113. São Paulo: Malheiros, 2006.

8 – Op. Cit., p. 113.

9 – CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Site do STF (http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf).

10 – Concordamos, sobretudo, com o professor Cavalcante Filho, quando esse afirma no artigo citado que Direitos Humanos não são direitos fundamentais, inclusive por seu aspecto internacional. Além disso, fazendo uma leitura sistemática das normas constitucionais, estes não estão incluídos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Carta Brasileira de 1988.

11 – MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178.

Direitos fundamentais, na visão de diversos autores que compartilhamos, estão ligados ao Direito Natural, vindo após séculos de sua aceitação virem a ser positivados na Constituição, devido à sua magnitude. O iluminista francês Jean-Jacques Rousseau entende que, para que o homem possa viver em harmonia, este doa parte de sua liberdade ao Estado, estipulando-se um “contrato social” com deveres e obrigações mútuas¹². Entretanto, até qual ponto pode o Estado invadir na conduta de seus cidadãos? Os direitos fundamentais surgem, portanto, como **limitação ao poder estatal**.

Cavalcante Filho, no artigo que supramencionamos, inicia seus estudos dos direitos fundamentais com a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João Sem Terra em 1215. Esse de fato, foi o início de direitos fundamentais previstos em documento de natureza constitucional (apesar da Magna Carta não ser uma constituição propriamente dita, mas um documento que foi imposto ao rei pelos nobres ingleses da época)¹³. A Magna Carta foi a primeira declaração formal de direitos e positivou vários direitos que são considerados fundamentais por diversos sistemas jurídicos ocidentais, como o *habeas corpus*, o tribunal do Júri, o devido processo legal, a anterioridade tributária...¹⁴

Fazendo um salto de mais 500 anos, podemos citar a chamada *Bill of Rights* (Carta de Direitos) emanada em 1791, que constitui as dez primeiras emendas da Constituição Norte-Americana (das vinte e sete atualmente existentes)¹⁵, servindo justamente para limitar o poder de atuação do governo federal sobre o indivíduo, trazendo garantias como a liberdade de expressão e de religião (1ª emenda), o direito ao porte de armas (2ª emenda), a inviolabilidade do domicílio (4ª emenda), direito a julgamento e ao tribunal do júri (5ª e 6ª emenda), limitação a multas e punições excessivas por parte do governo federal (8ª emenda)¹⁶.

Conforme tivemos a oportunidade de mencionar no início deste trabalho, os Estados Unidos não preveem direitos sociais, sendo provavelmente um dos países mais individualista e menos protetivo aos trabalhadores do mundo¹⁷. Portanto, podemos extrair, que, ao contrário do que pregam alguns autores, **direitos sociais não fazem parte dos direitos fundamentais**.

Estes são uma construção trazida pela Constituição Alemã da República de Weimar (1919) e pela Constituição Mexicana de 1917. Não limitam o poder estatal a favor das liberdades pessoais do indivíduo, e sim impõe obrigações ao Estado, por entender-se que, por seu próprio esforço apenas, a maior parte da população não consegue prosperar.

12 – ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2012.

13 – Fato mencionado por Cavalcante Filho em seu artigo *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*.

14 – Id.

15 – *United States Constitution* (<http://www.usconstitution.net/const.html>).

16 – A oitava emenda não impediu que a pena de morte tenha sido declarada constitucional mais de uma vez pela Suprema Corte daquele país. *Vide Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976).

17 – Em termos de previsão constitucional e legislativa. Grande parte da proteção ao trabalho e proteção social naquele país se dá pela jurisprudência e pelas convenções coletivas.

Direitos fundamentais, assim, na nossa concepção, **são direitos e garantias extraídos do Direito Natural, que limitam a esfera de invasão do Estado sobre o indivíduo, positivadas em nosso ordenamento jurídico**. Assim, ainda que, conforme nos relembram administrativistas como Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ e Hely Lopes Meirelles¹⁹, haja a supremacia do interesse público, sobre o interesse privado, certas garantias do indivíduo perante o Poder Estatal, como o direito ao julgamento, por mais monstruoso que tenha sido o ato por aquele cometido, devem prevalecer.

Dentro dessa lógica de pensamento, José Afonso da Silva entende que tais direitos são uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado²⁰. Entendemos os direitos fundamentais, portanto, como remédios a eventuais “cláusulas abusivas” – emprestando termo do direito consumerista –, presentes no contrato social proposto por Rousseau.

Entendemos ainda que direitos fundamentais são previstos exclusivamente no artigo 5º da Constituição e seus incisos, Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. Não há de se buscar direitos fundamentais em outras partes da constituição. Há um erro técnico do legislador constituinte em incluir direitos sociais, de nacionalidade e políticos dentro do Título II. Estes não são direitos fundamentais.

Dentro dessa ótica, podemos mencionar entre os direitos fundamentais: o direito à liberdade de pensamento (artigo 5º, inciso IV), à liberdade de religião (artigo 5º, incisos VI, VII e VIII), o direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (artigo 5º, inciso X), a inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 5º, incisos XI e XII), a liberdade de ir e vir (artigo 5º, inciso XV), a liberdade de reunião e associação (artigo 5º, incisos XVI a XXI), o direito à propriedade (artigo 5º, incisos XXII a XXVI), o direito à informação (artigo 5º, inciso XXXIII), o direito a sempre recorrer ao judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV), o tribunal do júri (artigo 5º, inciso XXXVIII), a irretroatividade da lei penal (artigo 5º, inciso XL), o direito ao *habeas corpus* (artigo 5º, inciso LXVIII), ao mandado de segurança, individual e coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX), ao mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI) e ao *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII).

Podemos perceber que em todos esses casos, ainda que o Estado tenha que tomar uma ação concreta, essa ação não visa dar uma prestação estatal ao indivíduo, apenas permite que este exerça suas liberdades individuais e coletivas (o fato da Constituição se referir a “direitos coletivos” já demonstra a escolha do legislador pela supremacia da coletividade, sobre o indivíduo).

18 – MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

19 – MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

20 – SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

Para o exercício dessas liberdades, põem-se limitações ao poder estatal e acima de tudo à supremacia do interesse público sobre o privado. Um exemplo é a inviolabilidade de correspondência, que está fortemente ligada ao direito à intimidade²¹. Para que haja violação à inviolabilidade de correspondência pelo Estado brasileiro faz-se necessária ordem judicial²². Daí que entra o direito à segurança.

Direito à Segurança

O artigo 5º, “*caput*”, fala da inviolabilidade do direito à segurança. Trata-se de direito com literatura esparsa, apesar de fundamental e essencial ao próprio Estado.

Faz-se importante mencionar, como demonstra Manuel Gonçalves Filho, que a segurança está na raiz do constitucionalismo, afinal, todo sistema jurídico busca segurança institucional²³. Arriscaríamos dizer que a segurança é a base das relações jurídicas. O que adianta haver leis e decisões judiciais se não há segurança que elas serão cumpridas? O que adianta haver um direito se não há segurança que ele será protegido?

A proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada demonstra uma preocupação, pelo menos formal, do legislador nesse aspecto (artigo 5º, XXXVI, CF). Entretanto, os diversos planos econômicos que o país implementou, principalmente na década de 80, começo dos anos 90, e que geraram forte desrespeito à coisa adquirida, ao patrimônio e a propriedade, em alguns com medidas drásticas, como o confisco e o congelamento de preços, demonstram que às vezes tais proteções às vezes são meramente cosméticas²⁴.

Com o período radical da Revolução Francesa, o chamado “Terror”, houve clamor mais elevado por maior segurança nas relações jurídicas, na proteção à vida e à liberdade. Isso resultou na deposição e execução dos principais líderes radicais daquele período, como Maximilien de Robespierre e Louis Antoine Léon de Saint-Just em 1794 e, cinco anos depois, na ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, que a despeito de suas tendências ditatoriais, trouxe certa estabilidade institucional à França, tomada por dez anos de guerra civil²⁵. Ressaltamos, por exemplo, que um dos maiores feitos de Napoleão, e o que ele mais gostava de ressaltar, foi o fato de ter organizado o Código Civil, durante o seu regime (1799 a 1812), codificando as principais leis da França. Segundo ele, esse feito foi mais importante que as diversas batalhas que ganhou²⁶.

21 – LIMA, Máriton Silva. *Direito a Segurança*. Site Latim e Direito. O autor cita conceitos trazidos pela professora Ada Pellegrini Grinover (<http://www.latimdireito.adv.br/art97.htm>).

22 – Artigo 5º, inciso XII, CF.

23 – GONÇALVES FILHO, Manuel. *Direitos Humanos Fundamentais* – 14a Ed. – São Paulo: Saraiva, s/d.

24 – Podemos citar o Plano Bresser, Verão, Plano Cruzado, Plano Collor e outros.

25 – Sites consultados sobre a Revolução Francesa: History Channel (<http://www.history.com/topics/french-revolution/page2>); Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/French_Revolution).

26 – No final da sua vida Napoleão, já banido à ilha de Santa Helena, teria proferido a seguinte frase: “*Minha maior glória não consistiu em ter ganho quarenta batalhas; Waterloo apagará a memória de tantas vitórias. O que nada apagará, o que viverá eternamente, é o*

Nesse sentido, a necessidade do Direito à Segurança, a necessidade do Estado fornecer um direito à segurança, seria a própria concretização do pensamento de autores iluministas Thomas Hobbes, John Locke, Charles de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau. Para todos estes autores haveria a necessidade de se limitar as liberdades individuais do homem, sendo o Estado, o responsável para tanto. Além disso, a segurança como bem comum foi mencionada por São Thomas de Aquino, autor medievalista e precursor dos demais autores²⁷.

Outro conceito digno de discussão é o chamado “Direito à Resistência”²⁸. O conceito não se faz presente no atual ordenamento jurídico brasileiro, porém é presente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, como a Constituição de Portugal. Assim diz o artigo 21 da Carta Magna Lusitana: “*Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*”²⁹.

Ora, com todo o respeito aos nossos pais fundadores, por mais que a presente constituição portuguesa tenha sido promulgada após a Revolução dos Cravos de 1974, que repeliu o Estado Novo, regime fascista de Antônio Salazar, não nos parece sábio pôr em Lei, autorização à subversão contra os agentes do Estado por seus súditos. Isso não traz segurança ao sistema.

O direito de resistir ao Estado é Direito Natural, anterior ao contrato social de Rousseau. Portanto, caso o natural daquele país decida resistir contra regras que considera injustas, que incorra com as consequências da ira estatal, resultante da vontade do povo, ou do poder dominante, instituidor daquele regime jurídico.

Em suma, defendemos que a segurança não é apenas essencial à democracia, é também essencial o Estado do Direito. O que não significa que, necessariamente, a segurança seja um direito fundamental democrático. Há a possibilidade de haver regimes autoritários, que protejam fortemente a segurança, particularmente a segurança jurídica, a segurança contratual, a segurança pública. Em muitos casos, inclusive, quando há excesso de populismo democrático, especialmente em países de orientação de esquerda – caso de diversos países da América Latina, a chamada esquerda rosa³⁰ –, o direito à segurança é posto um pouco de lado, visto como um direito menor, que é sobrepostos por direitos como a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

meu Código Civil”. Vide: GOMÉZ, J. Miguel Lobato. O Código Bicentenário. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ (http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_19.pdf).

27 – AQUINO, São Thomas de. *Summa Theologica*.

28 – BUZANELLO, João Carlos. *Em torno da constituição do direito de resistência*. Site Âmbito Jurídico. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1342

29 – Constituição da República Portuguesa de 1976. Site do Diário da República (<http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf>).

30 – CASTAGNEDA, Jorge C. Latin America's Left Turn. Revista Foreign Affairs. Maio/Junho de 2006 (<http://www.foreignaffairs.com/articles/61702/jorge-g-castaneda/latin-americas-left-turn>).

A democracia, portanto, especialmente em algumas espécies de democracia, sobrevive sem a prevalência ao direito à segurança, entretanto, em muitos casos corre o risco de incorrer na anarquia, que gera em diversos momentos uma volta ao autoritarismo (como o foi o caso da Revolução Francesa).

Sem o direito à segurança há democracia instável ou autoritarismo (de direita, ou esquerda), particularmente por parte de um Poder Executivo forte, que possa violar as correspondências de seus cidadãos, invadir suas casas, prender-lhes sem respeito ao devido processo legal, mudar as regras tributárias, criando novos tributos no mesmo ano fiscal, ou instituindo mais de um tributo sob o mesmo fato tributário, entre outras arbitrariedades.

O direito à segurança faz-se necessário para criar um clima de respeito às garantias plenas, é, portanto, essencial para a consolidação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Conclusão

Diante do exposto, podemos concluir que, se a segurança não é essencial para a democracia (entenda-se a democracia o direito de votar e ser votado), faz-se essencial para trazer estabilidade no sistema, para que o natural daquele país possa viver sua vida sabendo o que esperar do Estado, do que cobrá-lo, ou seja, a garantia dos seus direitos, da sua integridade pessoal e de sua família.

A segurança, apesar de ser uma garantia fundamental, presente desde a época da Revolução Francesa³¹, infelizmente não é tão respeitada atualmente para nenhuma classe social no Brasil. Para as classes mais favorecidas e menos favorecidas, não há segurança à sua integridade física, à segurança contratual, às suas garantias constitucionais, sendo o direito à segurança pilar fundamental para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais contra a opressão do Estado³².

Bibliografia

I. Livros Consultados

AQUINO, São Thomas de. *Suma Teológica (Summa Theologica)*. Editora Loyola, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de. *Do Espírito das Leis*. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2004.

31 – SALGADO, Daniel de Resende. Fundamental Direito à Segurança. Site do Ministério Público de Goiás (http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/artigo_fundamental_dir_seguranca_procur._republica.pdf).

32 – Id.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

STONE, Geoffrey R. et al. *Constitutional Law*, Sixth Edition, Aspen Publishers.

HAGGARD Stephan e KAUFMAN. *Development, Democracy, and Welfare States: Latin America, East Asia, and Eastern Europe*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Método. 3ª Ed. 2009.

GONÇALVES FILHO, Manuel. *Direitos Humanos Fundamentais – 14ª Ed. – São Paulo: Saraiva, s/d.*

GONÇALVES FILHO, Manuel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1967. 36ª ed., 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e SERRANO, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos* – 7a Edição. Saraiva, 2013.

II. Sites e Artigos

Constituição Federal Brasileira de 1988. Site do Planalto (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09.12.2015.

Quais são os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração? Site do LFG (http://www.lfg.com.br/conteudos/perguntas_respostas/direito-constitucional/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovanicera). Acesso em 09.12.2015.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Site do STF (http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf). Acesso em 09.12.2015.

IURCONVITE, Adriano dos Santos. *Os direitos fundamentais: suas dimensões e sua incidência na Constituição*, Site Âmbito Jurídico (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4528). Acesso em 09.12.2015.

LIMA, Máriton Silva. *Direito a Segurança*. Site Latim e Direito (<http://www.latimedireito.adv.br/art97.htm>). Acesso em 09.12.2015.

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais* (Tese de Livre Docência). Revista de Direito do Estado (2006). Páginas 23 a 51 (http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/VAS-Conteudo_essencial.pdf). Acesso em 09.12.2015.

GOMÉZ, J. Miguel Lobato. *O Código Bicentenário*. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ (http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_19.pdf). Acesso em 09.12.2015.

SALGADO, Daniel de Resende. *Fundamental Direito à Segurança*. Site do Ministério Público de Goiás (http://www.mp.go.gov.br/portaIweb/hp/7/docs/artigo_fundamental_dir_seguranca_procur._republica.pdf). Acesso em 09.12.2015.

CASTAGNEDA, Jorge C. *Latin America's Left Turn*. Revista *Foreign Affairs*. Maio/ Junho de 2006 (<http://www.foreignaffairs.com/articles/61702/jorge-g-castaneda/latin-americas-left-turn>). Acesso em 09.12.2015.

Constituição da República Portuguesa de 1976. Site do Diário da República (<http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf>). Acesso em 09.12.2015.

French Revolution. Site do History Channel (<http://www.history.com/topics/french-revolution/>). Acesso em 09.12.2015.

French Revolution. Site da Wikipedia (http://en.wikipedia.org/wiki/French_Revolution). Acesso em 09.12.2015.

United States Constitution (<http://www.usconstitution.net/const.html>). Acesso em 09.12.2015.

National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. ____ (2012). Site da Suprema Corte Norte Americana (<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>). Acesso em 09.12.2015.

Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976). Site do Instituto de Informações Jurídicas (*Legal Information Institute*) da Faculdade de Direito da Universidade de Cornell (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0428_0153_ZS.html). Acesso em 09.12.2015.

BUZANELLO, João Carlos. *Em torno da constituição do direito de resistência*. Site Âmbito Jurídico. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1342. Acesso em 09.12.2015.

Emile Durkheim: o direito real e a intervenção jurídica

Eduardo Iamundo
Doutor em Sociologia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; mestre em filosofia pela mesma universidade. Professor de sociologia jurídica da Faculdade de Direito Damásio de Jesus.

Resumo

A obra de Emile Durkheim possui inúmeros indicadores para análises das interações entre o direito e a configuração social. Os conceitos mais importantes para tais análises são: direito real, anomia e solidariedade. A ideia de solidariedade está ligada ao processo de harmonia social enquanto o de anomia está relacionado com a ruptura do tecido social. No entanto, a intervenção do direito para restaurar a solidariedade nos processos de ruptura encontra uma dificuldade de ordem metodológica: as intervenções no funcionamento das estruturas sociais não apresentam uniformidade para efetiva solução da anomia. Provavelmente a dificuldade referida tem seu fundamento na concepção metodológica quantitativa e qualitativa do método durkheimiano.

Palavras-chave: direito real, solidariedade negativa, intervenção jurídica

Abstract

Émile Durkheim's work has numerous indicators for the analysis of the interaction between law and social configuration. The most important concepts for such analysis are: right in rem, anomy and solidarity. The idea of solidarity is linked with the process of social harmony while anomy is related with the rupture of the social fabric. However, the intervention of law to restore the solidarity in cases of rupture faces a difficulty of methodological order: the intervention at the functionality of the social structures does not show uniformity for the effective solution of anomy. The mentioned difficulty probably has its foundation at the quantitative and qualitative methodological conception of the durkheimian method.

Keywords: *right in rem; negative solidarity; legal intervention.*

Introdução

As obras de Durkheim permitem dizer que a educação tem como função a transmissão de valores sociais ideais definidos pela sociedade, o direito tem como

função aplicar as leis que são expressões mais ou menos permanentes dos valores sociais determinados pela vida em comum. Isto significa que o direito também participa da manutenção e transmissão dos elementos que compõem o meio social:

“Com efeito, a vida social, por todo lado onde ela existe de uma maneira durável, tende inevitavelmente a tomar a forma definida e a organizar-se, e o Direito não é outra coisa senão esta mesma organização, naquilo que ela tem de mais estável e de mais preciso.” (DURKHEIM,1967,p.29).

Apreender o direito como instituição mais estável e ao mesmo tempo mais preciso remete, entre outros pontos, aos significado do simbolismo do direito, ou mais ainda, dos ritos praticados na esfera jurídica.

A relação apontada por Durkheim entre a estabilidade e a organização do direito oportuniza, além do significado do simbolismo, a resistência das transformações:

“Não é por acaso que as instituições de mais carga simbólica sejam as mais estáveis. São exemplos disso as religiões, o direito, os idiomas etc. Qual a razão da esfera econômica e técnica ser a mais volúvel e menos estável das instituições? Não é talvez por causa da menor carga de simbolismo que ela encerra?” (MELLO,1982,p.48).

É bastante significativa a maneira detalhada que Durkheim aborda o direito na obra *De la division du travail social*, expondo extensamente não só sobre o preceito do direito, como também sobre as formas do direito como manifesto exterior e coercitivo, na investigação da relação entre tipos de sociedades e formas de direito.

Destaca-se, ainda, que Durkheim ressalta que a vida social pode ser organizada, não necessariamente por uma forma jurídica determinada, pois o costume ou tradição substituem a lei:

“Poderia se objetar, é verdade, que as relações sociais podem fixar-se, sem prenderem-se, a uma certa forma jurídica, assim é quando a regulamentação não atinge certo grau de consolidação e de precisão; mas nem por isso ficam indeterminadas, mas em vez de serem reguladas pelo direito são reguladas pelos costumes.” (DURKHEIM,1967,p.29).

Assim, pode-se entender que o direito apresenta fatores que envolvem a análise de comportamentos coletivos, distanciando-se do distanciamento individual. É oportuna, nesse momento, a passagem que segue acerca da importância da análise durkheimiana no que concerne à investigação no plano da integração e da evolução dos tipos sociais:

“Durkheim concentra o interesse da análise sociológica em fatores cujos efeitos se revelam no plano da integração e da evolução dos tipos sociais. Desse ângulo, suas concepções envolvem uma Sociologia Aplicada que se restringiria ao estudo dos comportamentos coletivos de plena eficácia social, negligenciando a correção de efeitos patológicos que afetam apenas o grau de ajustamento dos indivíduos às situações sociais de existência.” (FERNANDES,1974,p104).

Direito real

No entanto, a preocupação de Durkheim com as esferas estruturais significativas do comportamento coletivo, particularmente com o direito real, nos remete a um problema que provavelmente escapa da investigação sociológica de Durkheim.

“O direito real é aquele que se refere à arbitragem dos indivíduos e das coisas, logo não estaria na esfera das preocupações da análise sociológica, mesmo porque é uma relação que se encontra na ordem da individualidade.” (conf.ORTIZ, 1989,p.13).

O direito real não corresponde a uma solidariedade que possa conduzir à coesão social, mas sim a um conflito, provocando, portanto, uma delimitação entre as diferentes partes da sociedade, em outras palavras, direito real propicia a solidariedade negativa:

“Em resumo, as regras relativas aos direitos reais e às relações pessoas, que se estabelecem, se for o caso formam, um sistema definido que tem por função não ligar umas às outras diferentes partes da sociedade, mas, pelo contrário, separá-las uma das outras, assinalar nitidamente os limites que as separaram. Eles não correspondem, portanto, a uma ligação social positiva; a expressão mesma de solidariedade negativa de que nos temos servido não é perfeitamente exata. Não é uma solidariedade verdadeira, possuindo uma existência própria e uma natureza especial, mas antes o lado negativo de qualquer espécie de solidariedade.” (DURKHEIM,1967,p.88).

Solidariedade negativa

Porém Durkheim, logo em seguida, por ter como preocupação principal a verificação da solidariedade no sentido de harmonia social, diz que: *“A solidariedade negativa não é possível se não existir uma outra, de natureza positiva, de que é, ao mesmo tempo, a resultante e a condição”.* (DURKHEIM,1967, p.89).

Desse modo, o conjunto de normas é o aspecto mais exterior que permite a investigação dos elementos mais internos de uma sociedade, a expressão solidariedade

negativa proveniente dos direitos entre os indivíduos e sobre as coisas não descaracteriza, no todo a correspondência entre a solidariedade e o tipo de direito.

Prosseguindo as considerações sobre o direito como instituição que pode permitir as modificações necessárias, no sentido de que ele oferece condições de intervenções, a partir de normas organizadoras.

Assim se refere Florestan Fernandes sobre o interesse de Durkheim com as instituições dentro do sistema: *“Por isso, prefere preocupar-se com os fatores que determinam os padrões organizadores e as potencialidades de desenvolvimento dos sistemas globais”*. (FERNANDES,1974, p. 104).

É oportuno considerar que a solidariedade na perspectiva negativa aproxima-se consideravelmente do conceito de anomia. Tal aproximação deve-se ao fato de que a solidariedade mecânica ou orgânica é o ponto de coesão social, ou mesmo, de harmonia social, enquanto a anomia é o ponto de ruptura dessa coesão.

Desse modo, então, Durkheim aponta de modo indireto a anomia como patologia e, as possíveis intervenções via educação ou via direito, são entendidas como instituições que podem de forma operacional proporcionar condições de retorno ao estado social normal:

“O que é preciso é fazer cessar esta anomia, é encontrar os meios de fazer concorrer harmonicamente estes órgãos, que se chocam ainda em movimentos discordantes, é introduzir nas suas relações mais justiça, atenuando cada vez mais as desigualdades exteriores que são a origem do mal.” (DURKHEIM,1967, p. 405).

Intervenção jurídica

As inferências das possíveis intervenções são cabíveis, pois a relação de causa e efeito circunscreve-se dentro de um sistema inicialmente estabelecido por Durkheim, como modelo explicativo e depois como referencial empírico.

Deve-se, ainda, acrescentar que o tipo médio padrão permite a transmissão de determinados valores considerados normais, portanto pode-se fazer as previsões e, por consequência, as intervenções desde que a transmissão dos valores contido no tipo médio possam ser transmitidos. Acrescenta-se, ainda, que as patologias serão também transmitidas e, nesse caso, é necessário certos recursos que apreendam também estas perturbações de desvios do padrão médio.

Portanto, a correção dessas patologias ou anomias são possíveis através da

intervenção para eliminar tais perturbações da ordem com a instauração de normas, sejam elas jurídicas ou não, mas que ocorram na forma da organização social.

Nesse contexto é válida a seguinte interrogação: as condutas ou os procedimentos investigativos apontados por Durkheim nas *Regras do Método Sociológico* fornecem conhecimento que permita a intervenção social de modo seguro, ou melhor ainda, quando a própria sociedade solicita a intervenção em suas estruturas?

Aprofundar um pouco mais a interrogação acima implica na verificação do motivo da dificuldade para apontar, ou melhor explicitar, como realizar as intervenções a partir da adoção das *Regras do Método Sociológico*.

Pode-se provavelmente destacar o seguinte motivo: não é seguro que o procedimento apontado por Durkheim nos leve a uma apreensão da causa essencial, pois nada nos garante que as comparações realizadas sejam as únicas possíveis, isto porque a hipótese elaborada pode não ser a única possível para a conduta analógica.

Pode-se juntar ao motivo acima este outro que completaria o anterior: a noção de sistema, apesar de comportar variações pela plasticidade, firma-se em princípios mecânicos razoavelmente fechados em decorrência do princípio de causalidade, conforme desenvolvido por Durkheim.

Considerações finais

Ao aprofundar um pouco mais o significado da lei nas doutrinas do direito, verifica-se que na forma a lei está representada pelos diversos códigos, como por exemplo, código penal, código civil e pelas normas jurídicas. Enfim, a forma é aquela determinada pelos procedimentos atinentes a esfera jurídica, portanto a forma explicita o conteúdo. Mas que conteúdo? Valores determinados pela sociedade.

Portanto, o conteúdo da lei no direito não provém apenas da observação dos fatos, conforme a exposição durkheimiana, mas é o registro dos anseios que emanam do movimento interno da sociedade. Por conseguinte, a lei, assim entendida, é um manifesto da vontade do desejo que perpassa os indivíduos e os segmentos sociais, assim, possui valor moral. Em decorrência dessa característica valorativa, a lei expressa e expõe as indicações de comportamentos sociais desejados.

Logo, a lei é um manifesto social, manifesto esse que deve atender as demandas de valores sociais provenientes das inúmeras necessidades expostas por uma determinada sociedade.

Como localizar e como determinar tais necessidades e anseios? De um modo geral, os anseios sociais podem ser apreendidos por uma rede de valores, rede essa que é tecida pelos indivíduos, pelos segmentos sociais ou pelas instituições.

Portanto, o valor é uma atribuição de qualidade definida no interior da sociedade e, por não serem estáticos, os valores não permanecem idênticos indefinidamente, em outras palavras, eles se transformam, se modificam. Em vista disso a lei é entendida nas doutrinas do direito como passível de mudanças, mudanças essas que devem expressar as novas demandas de valores.

É possível que a preocupação de Durkheim em estabelecer certas conexões entre tipo de direito e tipo de sociedade seja menos do que um procedimento metodológico e mais uma forma de revelar o direito como forma de intervenção social. Pois, seja pelo costume, seja pela norma jurídica, um e outro possuem fortes traços coercitivos para manterem ou transformarem a organização social.

Referências bibliográficas

DURKHEIM, Émile. *De la division du travail social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

FERNANDES, Florestan. *Elementos de sociologia teórica*. 2.ed. São Paulo: Nacional, 1974.

MELLO, Luiz Gonzaga de. *Antropologia cultural. Iniciação, teoria e temas*. 3.ed. Rio de Janeiro/Petrópolis(RJ): Vozes, 1982.

ORTIZ, Renato. *Durkheim: arquiteto e herói fundador*. Revista brasileira de ciências sociais. v.4. nº 11, 1989.

Equiparação do Transexual Quanto à Tutela Jurídica da Mulher

Peterson Benhame de Castro
Renata Orsi Bulgueroni

Resumo

Este documento se apresenta com o objetivo de sintetizar as diferenças entre gêneros, e apontar as situações em que a tutela jurídica da CLT à mulher transcende questões de gênero, e suscita questões de tutela feminina, proteção da feminidade e aplicação àqueles que sustentam tais características. Não obstante, ressaltar o constrangimento e as dificuldades legais enfrentadas por aqueles que não se encaixam nos padrões sociais estabelecidos.

Palavras-chave: Transexual, mulher, tutela jurídica, equiparação, CLT.

Abstract

This document is presented in order to synthesize the differences between genders, and point out the situations in which the legal protection of CLT to the woman transcends gender, shall be placed as women's protection issues, protection of femininity and application to those who hold such characteristics. Nevertheless, noting the embarrassment and legal difficulties faced by those who do not fit in the established social standards.

1. Introdução

A padronização heterossexual vem promovendo desconforto naqueles que não conseguem se adaptar a seus padrões há séculos. Trata-se de uma forma de violência subjetiva, que designa modelos incompatíveis com boa parte da população. A tutela jurídica tende a acompanhar os padrões sociais, sanando desigualdades e protegendo aqueles que necessitam de amparo legal.

No âmbito penal, a discussão sobre o transfeminicídio em diálogo com os elementos estruturantes do feminicídio já tomou corpo, bandeira esta que é levantada pela professora de Ciências Sociais Berenice Bento (Doutora em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília/Universitat de Barcelona e autora do livro “A reinvenção

do corpo, sexualidade e gênero na experiência transexual” (BENTO, 2006)). Todavia, e quanto às outras tutelas jurídicas concedidas à mulher em outras esferas jurídicas? É necessário dialogar a respeito da extensão dessas, se tratam da assistência sobre limitações fisiológicas ou de proteção ao gênero feminino *lato sensu*.

Para que houvesse um diálogo entre as necessidades jurídico-sociais do transexual, adequação às tutelas trabalhistas concedidas à mulher e um clareamento no âmbito sociológico da posição da pessoa transexual em face à sociedade, este artigo recorreu a publicações, revistas científicas, livros e normas jurídicas.

1) Desconstruindo Gêneros

A proteção ao feminino significa a proteção daquilo que é desvalorizado socialmente. Quando esse feminino é encarnado em corpos que nasceram com genitália masculina, há uma ruptura inaceitável com as normas de gênero. Essa regulamentação não está positivada em lugar algum, mas é uma verdade produzida e interiorizada como inquestionável: o masculino e o feminino são expressões da aspiração dos cromossomos e hormônios (*Revista Cult*, edição de junho 2015).

Frequentemente, há muita confusão entre as classificações, principalmente em se tratando de senso comum. A diferença primordial entre uma travesti e uma transexual consiste na aceitação da genitália. A transexual tem a concepção de nascer em um corpo que não condiz com suas atribuições subjetivas, tem o intuito de alterá-lo. Travestis são pessoas que se identificam com feminilidade, todavia, a concepção de ocupar um corpo que não condiz com seu íntimo não lhes é uma regra. Há travestis que não se identificam como transexual. Travesti pode ser um gênero (além do masculino e feminino, há o gênero travesti, ou apenas terceiro-gênero) ou simplesmente uma identidade “*sui generis*”.

Segundo a professora Berenice Bento, a carga comportamental atribuída à genitália é imensa, a conduta do indivíduo deve seguir parâmetros sociais, ou seja, existem expectativas, traços de personalidades pré-definidos (BENTO, 2006). Logo, o homem deve ser imponente, másculo e destemido, já a mulher, dotada de delicadeza, complacência, e apta a gerar diversos filhos.

Esta é uma mentalidade superada (em tese), e as atuais questões de gênero transcendem o liame tênue comportamental traçado pela sociedade conservadora. O Direito deve vivenciar a realidade, portanto, tem a função de positivar as condutas comportamentais e promover o convívio social. A ruptura da concepção binária de gênero é uma consequência do avanço social, consiste na transcendência do limite, na exploração do fenômeno social; o legislador deve se adaptar às mudanças sociais, jamais reprimi-las.

Nesse contexto, a equiparação normativa da tutela concedida à mulher para as transexuais é uma questão a ser tratada com urgência. O legislador não pode tardar quanto a sua tutela, pois durante esse hiato, ocorre desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Notória é a informação de que as transexuais possuem difícil inserção no mercado de trabalho formal. Geralmente, entre os 13 e 16 anos, as pessoas transexuais fogem de casa, devido à dificuldade de aceitação por parte dos familiares, e encontram na prostituição o espaço social para sobrevivência financeira e construção de redes de sociabilidade.

No livro de Berenice Bento *“A reinvenção do corpo: Sexualidade e gênero na experiência transexual”*, a autora não discute gênero a partir da referência biológica, mas das performances que os sujeitos atualizam nas suas práticas cotidianas, para serem reconhecidos como membros legítimos do gênero pelo qual se identificam. Assim, a referência biológica, como princípio, é tomada ela mesma como objeto de crítica sociológica (BENTO, 2006).

Uma reflexão levantada pela própria autora é a seguinte: até que ponto o silêncio da sociologia não contribuiu para a patologização dos gêneros e da sexualidade, não obstante a heteronormatividade? Há de se pensar nesta reflexão como parte da violência subjetiva citada supra, não sendo aceitável que o direito ignore e continue a promover, de maneira omissa, referida espécie de violência.

Despatologizar a pessoa que apresenta características inerentes à transexualidade significa politizar o debate, compreender como o poder da estigmatização das condutas sexuais e dos gêneros atribui ao portador destas características o caráter promíscuo e falacioso outorgado pela mídia em geral, deslocando o foco da análise do indivíduo para as relações hegemônicas de poder, as quais constroem o normal e o patológico.

A desconstrução do caráter patologizante, atribuída pelo saber oficial da experiência sexual, deve começar pela problematização da linguagem que cria e localiza os sujeitos que vivem essa experiência. “Transexualismo” é a nomenclatura oficial para definir as pessoas que vivem uma contradição entre o corpo e a subjetividade de gênero. A nomenclatura oficial retorna à essencialização que a própria experiência transexual nega e recorda todo tempo, que ele/ela nunca será um homem/uma mulher de “verdade” (BENTO, 2006).

2) Do Conteúdo Jurídico do Princípio da Isonomia

A Constituição Brasileira estabelece, em seu artigo 5º, *“caput”*, que todos são iguais perante a lei. Logo, presume-se que o legislador tem o dever de se atentar às diferenças e remediá-las, pois o princípio da isonomia consiste em uma regra normativa.

Todavia, o direito não deve ser fonte de privilégios ou perseguições. Sua função vai muito além, o direito é responsável por regular o convívio social e, para que haja regulamento, deverá haver tratamento equânime entre seus indivíduos.

Quando se trata de equanimidade entre indivíduos, é imprescindível que o legislador equacione as diferenças na edição de uma lei, pois tratar os desiguais na medida em que se desiguam é fundamento basilar do princípio da isonomia.

Todavia, a amplitude deste princípio é capaz de gerar margem para interpretação: afinal, quem são aqueles que se diferem dos demais? Qual critério legitimamente manipulável que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diverso, sem que haja agravos à isonomia? É notório que as pessoas apresentam diferenças óbvias perceptíveis a olho nu; todavia, o que concede, no caso do transexual, a legitimidade para que haja uma real necessidade de intervenção jurídica quanto ao tratamento previsto legalmente?

As justificativas encontram-se na simples abstinência jurídica de um fenômeno social vigente. Normas jurídicas têm a função de discriminar situações, para que aqueles desfavorecidos em virtude da desigualdade sejam agraciados por um regime diferenciado proposto por lei.

3) Das Tutelas Trabalhistas Concedidas À Mulher

As questões sócio-culturais que pesam sobre a mulher são as maiores responsáveis pela necessidade de normas especiais, destinadas a reverter as opressões sociais, mais até do qualquer eventual limitação física.

A legislação de proteção da mulher, todavia, não poderia trazer excessivas diferenciações e benefícios pois, pela ótica do empregador, se tornaria inviável a contratação de uma mulher para o exercício de um trabalho também aferível por homens, dadas as discrepâncias quanto a encargos e tutelas trabalhistas.

Logo, a legislação do trabalho da mulher ficou mais centrada nos aspectos do estado da gestante e a maternidade. Objetiva-se que esses fatores não sirvam de óbice para contratação de trabalho feminino, nem de diferenciação salarial ou de discriminação.

Entretanto, o estado da gestante e a maternidade não são as únicas tutelas concedidas à mulher pela CLT. Ainda, é equívoco atribuir essas garantias exclusivamente à mulher já que, o homem também poderá gozar de tal licença no caso de adoção de criança ou morte da mulher em meio à licença. Conclui-se, pois, que a licença pertence ao recém-nascido, e possui o intuito de fornecer os cuidados necessários ao neonato através de seus pais.

Ademais das regras relativas à maternidade, entre as tutelas concedidas à mulher no âmbito trabalhista destacam-se: Igualdade de direitos com o homem (art 372 CLT); Não-discriminação (art 373-A CLT e lei 9.029/95); Proibição à revista íntima (art 373-A, VI CLT); Descanso pré-jornada extraordinária (art 384 CLT); Descanso semanal remunerado ou hebdomadário obrigatório aos domingos a cada duas semanas (art 385 e 386 CLT, art 67 CF e lei 605/49); Limite de peso (art 390 CLT).

Para discutir a aplicabilidade e equiparação dos textos legais quanto aos transexuais, é necessário analisá-los um a um:

3.1) Igualdade de direitos com o homem

Art. 372, CLT - Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo.

Parágrafo único - Não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho.

Com o intuito de fomentar a igualdade em razão de gênero no mercado de trabalho, a Constituição brasileira consagra para as trabalhadoras o direito à proteção do mercado de trabalho da mulher, por meio de incentivos específicos, conforme a lei (CF/88, art. 7º, XX).

O artigo trata da proteção ao trabalho da mulher, pois presume a discrepância do tratamento laboral em uma sociedade machista. Tem o único intuito de tutelar as relações de trabalho para que não se tornem demasiadamente onerosas. Em suma, busca a igualdade nas relações de trabalho, e esta igualdade deve ser gozada por todo cidadão que integra a sociedade, não se tratando de mera questão de gênero. Portanto, plenamente possível a aplicação de tal regra aos transexuais.

3.2. Não-discriminação

Art. 373-A, CLT. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - Publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

Mais uma vez, aqui se trata de uma tutela legal visando à proteção do mercado de trabalho da mulher. O legislador visa a um âmbito laboral balanceado, não se tratando de questão de gênero e sim social – e, portanto, também passível de equiparação.

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

Este inciso trata de uma maneira semelhante ao inciso primeiro; todavia, a respeito da recusa, também é passível de equiparação.

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

O terceiro inciso trata de oportunidades, e a matéria versada em sua tutela é subjetiva, aplicável a todos os cidadãos.

IV - Exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Para as transexuais, o inciso não possui aplicabilidade. Todavia, o inciso IV versa sob um tema passível de polêmica: caso o empregador tenha o intuito de dispensar um empregado transexual, solicitar o exame de sangue é possível (especialmente se este visa a constatar a existência de HIV)?

Diante de tal questão, é notório o ultrapassado texto desta norma, devendo suas regras ser aplicadas aos transexuais com o fito de evitar um constrangimento social.

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

A proteção deste artigo estabelece normas de justiça social. Como esta constitui direito de todo cidadão, é, portanto, passível de equiparação.

3.3. Proibição a revistas íntimas

Art. 373-A, CLT. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

A revista íntima constitui afronta ao direito de intimidade dos trabalhadores, sejam eles homens, mulheres ou transexuais; portanto, o artigo é passível de equiparação.

3.4. Descanso pré-jornada extraordinária

Art. 384, CLT - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

O artigo 384 da CLT parte de uma premissa fisiológica, que visa balancear a desigualdade entre a resistência do gênero masculino com a mulher. Todavia, esta tutela está também atrelada à feminidade e, por uma questão de razoabilidade, com o intuito de evitar constrangimentos sociais, esta regra é aplicável aos transexuais.

3.5. Descanso semanal remunerado ou hebdomadário obrigatório aos domingos a cada duas semanas

Art. 386, CLT - Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical.

O domingo é tido como dia de descanso. Todavia, em alguns estabelecimentos, este é o dia de maior rotatividade, exigindo que os empregados prestem serviços também nesse dia. Assim, o legislador positivou a regra de revezamento para que em uma quinzena haja descanso semanal remunerado aos domingos para mulher. A mesma regra vale para o homem, todavia, seu revezamento é de três semanas. Regra perfeitamente aplicável aos transexuais, apesar de sua incongruência normativa.

3.6. Limite de peso

Art. 390, CLT - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

O artigo 390 da CLT tutela a proteção da integridade física da mulher, dadas as diferenças fisiológicas em termos de estrutura física e massa muscular. Esta é uma regra;

todavia, existem suas exceções. É presumidamente óbvio que existam mulheres mais fortes que homens, portanto, o que o artigo tutela é a feminidade, juntamente com a integridade física. Todavia, devem-se respeitar as limitações físicas do indivíduo. Sendo assim, às mulheres transexuais ficaria o limite de 20kg, e aos homens, até onde fosse possível sua capacidade física, não excedendo 60 kg (em aplicação do art. 198 da CLT).

4) Posicionamento dos tribunais

A despeito do posicionamento majoritariamente conservador evidenciado pela atuação do poder legislativo atualmente, os tribunais têm seguido uma vertente humanística, preocupando-se com o bem-estar e a dignidade do indivíduo. Como foi noticiado pelo portal Brasil Post recentemente (19/10/2015), a 9ª câmara criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de uma transexual ameaçada pelo ex-companheiro. O agressor não poderá se aproximar da vítima, tampouco entrar em contato com testemunhas ou familiares desta.

Apesar da decisão em primeiro grau ter sido improcedente, com a justificativa banal de o impetrante pertencer biologicamente ao sexo masculino, a relatora do caso, desembargadora Ely Amioka, optou pela abrangência da lei, pois haveria lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana. Não obstante, a desembargadora foi além e alertou que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino.

A notícia em questão orbita no âmbito penal do direito; portanto, foge do escopo deste artigo. Todavia, serve como exemplo para evidenciar o posicionamento dos tribunais na atualidade. A desconstrução de gênero é uma questão de informação, a morosidade retrógrada quando tratamos de mudanças na esfera legislativa consiste na mente limitada daqueles que ocupam os cargos de chefia.

Se há equiparação de direitos na esfera penal ao transexual, evidentemente que modificações devem ser feitas no plano do direito do trabalho.

2. Considerações Finais

Para que haja uma efetiva mudança na sociedade, deve haver primordialmente uma mudança no modo de pensar, na maneira de ensinar e no comportamento diante das diferenças apresentadas pela sociedade. As minorias devem ter voz e devem ser tratadas de maneira desigual à medida em que se desiguam, para que haja respeito ao princípio da isonomia. Afinal, já diz a Constituição Federal em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

É necessário considerar que, desde a antiguidade, o homem tem a necessidade de conviver em grupos, o ser humano é um ser social e político; portanto, para que haja ser humano, tem de haver sociedade. Dadas as proporções dos conglomerados sociais que hoje existem, são criados diversos nichos dentro de uma mesma estrutura social, assim surgindo as diferenças entre os mais diversos integrantes desses nichos.

Quando essas diferenças são passíveis de tutela jurídica, cabe ao legislador agir de prontidão para sanar a injustiça vigente, quanto mais tardar esta tutela, por mais tempo a injustiça se propaga e para muitos, o ditado popular “a justiça tarda mas não falha” torna-se uma falácia. Para muitos a justiça jamais chega.

É necessária uma postura proativa do legislador: este deve identificar as discrepâncias que ocorrem e saná-las o quanto antes. Em sua essência o direito acompanha a evolução social, logo, está fadado a sempre ficar um passo atrás do avanço social. Todavia, este passo não pode se tornar uma distância a perder de vista, não há justiça quando não há tempestividade.

3. Referências

IENTH. *Manual de normas de ABNT*. Disponível em www.ienh.com.br

4. Bibliografia Consultada

OLIVEIRA, N. M.; ESPINDOLA, C. R. *Trabalhos acadêmicos: recomendações práticas*. São Paulo: CEETPS, 2003.

PÁDUA, E. M. M. de. *Metodologia científica: abordagem teórico-prática*. 10 ed. ver. atual. Campinas, SP: Papyrus, 2004.

REVISTA CULT. *Ditadura heteronormativa*. ed. Junho/2015

BENTO, Berenice – *A reinvencao do corpo sexualidade e genero na experiencia transexual*. Editora Garamond – Rio de janeiro 2006.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira – *Conteúdo jurídico do principio da isonomia*. 3ª Ed.

Estados Falidos e Direitos Humanos: A Problemática do Século XXI

George Niaradi
Doutor em Direito Internacional (USP), PhD in International Legem (Thomas Jefferson School of Law), Coordenador de Projetos Institucionais da Faculdade Damásio|Devry

Agatha Cristina dos Santos
Bacharéis em Relações Internacionais

Dery Lima
Francisca Thamiros Sousa
Gustavo Ap. Fatarelli
Victoria Mellão Leite

Resumo

O presente trabalho visa analisar se há relação entre o grau de fragilidade de alguns Estados e o grau de preocupação destes em relação a garantia dos direitos humanos, propondo-nos a estabelecer essa relação sob a perspectiva da teoria de Francis Fukuyama. Essa abordagem se fez necessária como a fim de entender como esses Estados que apresentam diferentes estágios de fragilidade estatal lidam com a garantia dos direitos humanos de sua população.

Palavras-chave: Estados frágeis. Direitos humanos. Sudão do Sul. Somália. República Centro Africana. Iêmen. Nigéria. Venezuela. Brasil.

1. Introdução

Percebe-se que a maioria dos Estados categorizados como frágeis apresentam instituições pouco eficientes. Esse enfraquecimento institucional foi causado por diversos fatores dependendo do país que é analisando. Em alguns, a presença de estruturas administrativas estranhas ao costume local à época da colonização contribuiu para que o Estado fosse construído já com deficiências, principalmente quando a metrópole controlava de forma direta a colônia através de elites locais simpáticas a ela. Em outros casos, a adoção de medidas de redução do escopo estatal, como as políticas neoliberais, em áreas que deveriam ser mantidas colaborou para que o Estado se fragilizasse ou intensificasse esse processo.

Esses dois casos exemplificam os fatores que levaram a República Centro Africana à fragilidade estatal, pois o Estado passou por longo período de colonização em que a França administrava de forma direta a colônia através de instituições que eram estranhas

aos costumes locais. A RCA já nasceu como um Estado que apresentava indicadores de fragilidade estatal, mas a situação se deteriorou após a adoção de várias políticas econômicas sugeridas pelo FMI em áreas do Estado em que o escopo estatal deveria ser mantido.

Há também casos em que a situação do Estado começou a apresentar fortes indicadores de fragilidade após o fim da Guerra Fria e, com isso, o fim do apoio político e econômico que sustentava um falso Estado forte. Esse é o caso da Somália, país que durante esse período recebeu apoio da URSS e, posteriormente, dos EUA, mas que deixou de ser importante estrategicamente ao final desse período para as duas potências e que, por isso, teve o apoio financeiro e político suspenso pelos EUA em 1990. A partir desse momento o governo somali apresentou um alto grau de vulnerabilidade, perdendo a capacidade de manter a ordem interna e controlar a sua população.

A fragilidade estatal pode, portanto, ser causada por diversos fatores. Mas em Estados que apresentam um forte declínio econômico, como a RCA durante a década de 90 e Nigéria na metade da década de 70, somados a um histórico conflito armado, como no Sudão do Sul, a probabilidade do estabelecimento de um Estado Forte se torna baixa.

Os Estados apresentados neste artigo exibem fraco escopo estatal. Nesse sentido, retomamos a análise teórica de Francis Fukuyama em sua obra *Construção de Estados*, em que aqueles Estados que apresentam escopo limitado, não assumindo muitas funções, aliado ao fato de serem incapazes de concretizarem essas funções e metas são categorizados como Estados Fracos. Para facilitar, faremos a análise de cada país segundo os critérios de pesquisa de Fukuyama e do *Fragile States Index* de 2014, comparando ambas as visões.

O Sudão do Sul é considerado o país mais frágil, segundo o índice de Estados frágeis, ocupando o 1º lugar. Visto anteriormente, o Sudão do Sul sofre com alguns fatores tais como: crise econômica, instabilidade política, disputa de poder entre o presidente Salva Kiir e seu ex vice-presidente Riek Machar, intensificação de conflitos internos – algo que já está vinculado com o histórico do país, milhões de deslocados internos, contando com refugiados do Sudão e de outros países e extrema violência, sendo que em diversas ocasiões a ONU declarou que o país sofria “*Violações generalizadas dos Direitos Humanos em meio à piora do conflito.*” (ONU, 2015).

2. Sudão do Sul

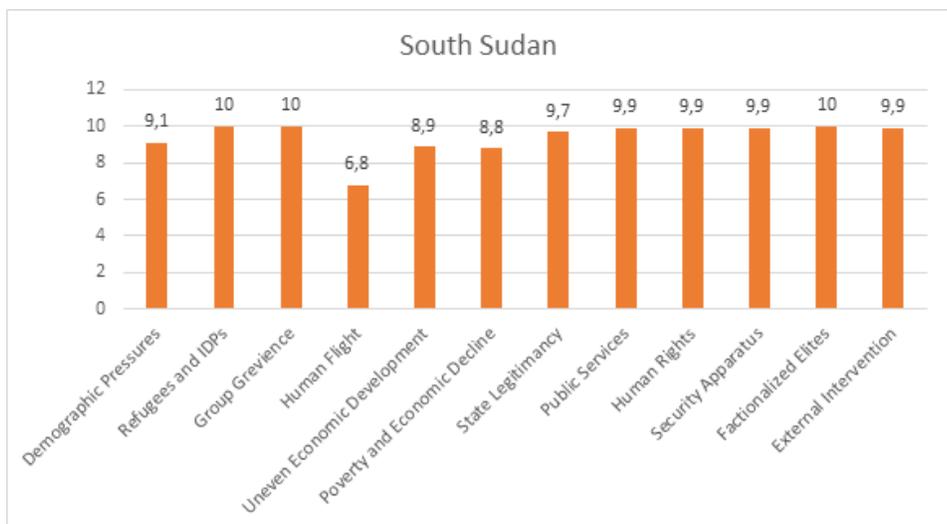
O Sudão do Sul já nasceu como um Estado Fraco – com problemas de fronteiras, a falta de infraestrutura básica como rodovias, saúde pública, eletricidade, educação básica e agricultura e a crise econômica, mesmo considerando que 75% das reservas de petróleo estão localizadas na região Sul, a região norte concentra o sistema adequado

de logística e transporte, o que gerou um problema na distribuição dos lucros petrolíferos. Esses lucros colaboram para concentração de poder político dado a um movimento, e não um partido, com grandes rixas internas o que tende a aumentar a chances de futuros conflitos no Sudão do Sul, intervenções e pressões de outros Estados. (AFRICAN CENTER FOR STRATEGIC STUDIES, 2013)

Podemos ver, então, como as disputas de poder entre diferentes etnias se tornaram um grande problema para o Estado, uma vez que, esse problema está presente desde a colonização do Sudão. Suas metrópoles, Inglaterra e Egito, firmaram acordo para compartilhar a soberania da colônia, as diferenças étnicas e religiosas eram o ponto principal de conflitos entre o sul (hoje o Sudão do Sul) formado por grupos étnicos de maioria cristã ou animista, que se sentia descriminalizada pela centralização de poder do Norte (hoje o Sudão) de maioria de maioria muçulmana e que tentava impor a lei islâmica.

Como é possível observar no gráfico 1, o Sudão do Sul apresenta a pontuação dez no que se refere à *factionalized elites*, segundo os dados do *Fragile States Index 2014*. Isso significa que os grupos étnicos e líderes locais disputam fortemente o poder muitas vezes através de meios fraudulentos. Fruto também da forma como o país foi colonizado, é o alto grau de tensão e violência entre os grupos étnicos locais. Por isso, sim o país recebe pontuação máxima no quesito *group grievance*, já que há um ambiente de violência e o Estado não possui capacidade suficiente para impor a ordem. A atual situação do país também reflete no quesito *security apparatus* do gráfico, pois há uma forte debilidade do Sudão do Sul em monopolizar o uso da força legítima do Estado. Isso leva a um cenário de conflitos internos os quais o Estado é incapaz de manter a ordem.

Gráfico 1: Sudão do Sul



Fonte: *Fragile State Index 2014*.

Além disso, outro ponto que pode ser destacado é que o Sudão, mesmo quando era uma colônia, não era bem gerenciada por sua metrópole britânica, e houve tempos que a parte sul ficou totalmente sem gerenciamento. Devido a isso podemos entender que sempre houve a falta de algum tipo de poder estatal, e quando presente, era para fortalecer algum grupo elitista, como por exemplo, a parte Norte gerida pelo governo de Cartum. Portanto a marginalização tanto política quanto econômica diminuiu o papel do Estado, que afetou o Sudão do Sul por inúmeros anos. Contudo, por conta da marginalização e exploração da região em relação ao vizinho, Sudão, enfraqueceu-se o aparato do Estado como provedor de segurança e serviços para sua população. Isto é, a capacidade do Estado de cumprir suas funções e políticas, principalmente nessas áreas, foi reduzida.

Após ressaltar todos esses aspectos e conforme visto, Fukuyama afirma que durante os anos 80 e 90 devido à liberalização forçada pela comunidade internacional exigiu cortes no escopo do Estado, mas devido ao domínio político supremo os regimes neopatrimoniais usaram de desculpas a pressão internacional para efetuar cortes nos setores modernos do Estado, assim protegiam ou até mesmo expandiam o escopo do Estado neopatrimonial, tais ações diminuíram drasticamente os investimentos em infraestrutura básica como rodovias, saúde pública, educação básica e na agricultura, mas o a grande parte da população é formada por agricultores. (FUKUYAMA, 2005).

O Estado neopatrimonial está presente no Sudão do Sul, por isso o país recebeu pontuação máxima no indicador *legitimacy of the state* do índice de 2014.

O Sudão do Sul demonstrou desrespeito aos direitos humanos, principalmente em 2013 quando os conflitos no país reiniciaram. Tanto que, em outubro de 2014, o Serviço de Segurança, uma instituição do Estado, ganhou o poder de prender as pessoas sem disposição legal. Além disso, foi responsável pela perseguição à jornalistas e pelo fechamento de alguns jornais no país de acordo com o informe da Anistia Internacional de 2014.

O sistema judiciário é pouco eficiente por ter grande dificuldade em fazer investigações e o principal ponto de violações de direitos humanos no país tem a ver com as prisões arbitrárias. Vemos que o Sudão do Sul se propõe garantir os direitos humanos dos seus cidadãos. Tanto que o país não se comprometeu em cumprir os principais tratados de direitos humanos apesar de ter assinado alguns como, a Convenção da ONU Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis e a Carta da União Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Vista a incapacidade do Sudão do Sul em garantir segurança e prestar serviços essenciais à sua população, conclui-se que o mesmo é um Estado Frágil, pois as instituições do Estado não possuem legitimidade perante a população, o resultado disso são os vários episódios de violação de direitos humanos e o baixo desenvolvimento econômico do país. Sendo que o próprio país não prioriza os direitos humanos. O Sudão

do Sul não assume a garantia dos direitos humanos como uma função de Estado e nem o garante.

3. Somália

Considerado o segundo país mais frágil de acordo com o *Fragile States Index* de 2014, a Somália possui uma história repleta de batalhas internas desde sua colonização e de ingerência de outros Estados nos seus assuntos internos. O país sofreu forte influência da Grã-Bretanha e da Itália, durante o seu período como colônia, e dos EUA e da URSS durante a Guerra Fria. A Somália assim, como o Sudão do Sul e a República Centro Africana, já nasceu com graves fragilidades relacionadas às suas instituições. Suas instituições formais são frágeis por conta dos recorrentes episódios de corrupção e clientelismo no país.

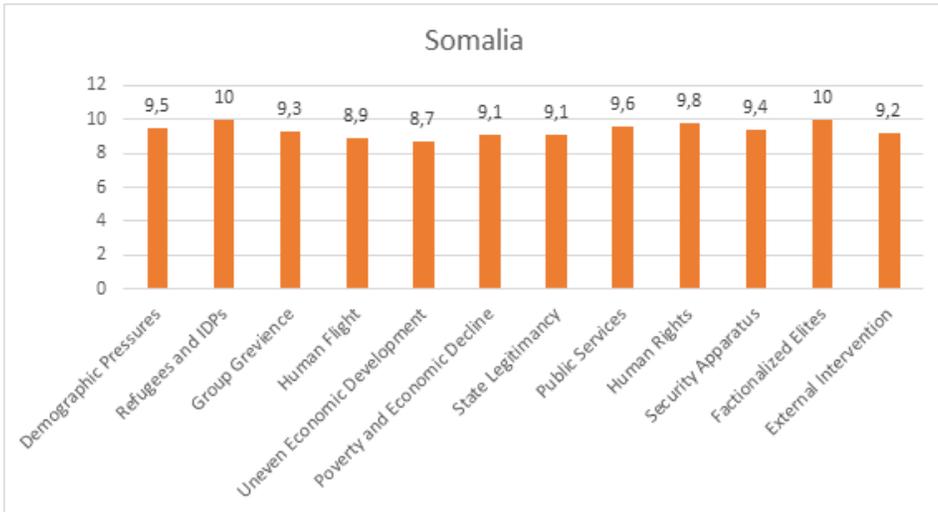
O governo somali buscou aumentar o seu escopo estatal, a partir de 1960, ao investir em infraestrutura e estatizar alguns bancos e indústrias. Relacionando a teoria de Fukuyama (2005) com esse caso, nota-se que o governo somali visou ampliar as funções do Estado. O escopo estatal da Somália, nessa época, foi ampliado. Mesmo durante a Guerra Fria sob a influência da URSS, em primeiro momento, e dos EUA, em seguida, o Estado somali manteve o seu escopo. Isso porque as duas grandes potências cediam apoio político e econômico para o país que, enquanto recebesse ajuda externa, se manteria como um Estado minimamente forte.

O fim do apoio soviético e estadunidense ao país intensificou a fragilidade da Somália. O governo autoritário que, até então, se mantinha no poder por meio do apoio externo ora da URSS ora dos EUA, sentiu o seu poder enfraquecido sendo incapaz de controlar o próprio território e manter a governança interna. Como Fukuyama (2005) afirma “os países autoritários têm problemas de longo prazo com a legitimidade.” A base da legitimação é o terceiro aspecto do da estatidade segundo a sua teoria, e isso é visto na prática no caso da Somália. Após o fim da Guerra Fria, o país sofreu com a crise de legitimidade das suas instituições e o surgimento da instabilidade política, bem como econômica. Além disso, o período de dependência econômica e política de países como a Somália em relação à URSS e aos EUA por um longo período de tempo fez com que, ao fim desse período, o Estado perdesse a capacidade de cumprir de forma eficiente as políticas e funções prometidas. Para Fukuyama, foi nesse exato momento que os Estados frágeis nasceram, e a Somália dialoga perfeitamente com a abordagem teórica do autor.

A partir da década de 90, o Estado somali perdeu cada vez mais legitimidade e autoridade sob o seu território. O país viu uma parte do seu território, a *Somaliland*, declarar independência, e a uma coalizão de forças de paz da ONU para estabelecer a estabilidade no país. Ocorrências de violações de direitos humanos se tornaram frequentes

a partir de então e, por causa disso, o país sofreu várias intervenções externas. É por isso, que o país tem a nota dez de pontuação em relação ao indicativo de violação de direitos humanos. Além de ter pontuação alta no quesito *refugees and IDPs*. (Gráfico 2).

Gráfico 2: Somália



Fonte: *Fragile States Index 2014*

O país se destaca também por ter pontuação 10 em relação presença de elites faccionárias, ou seja, a presença de grupos que disputam o poder do país por meio de golpes ou eleições fraudulentas. Nesse ponto, destaca-se a influência do grupo Al-Shabaab que disputa poder com outros grupos. O que se vê, atualmente, na Somália é o declínio da legitimidade e autoridade do Estado por meio de suas instituições formais. Bem como um vácuo de poder que abre espaço para o surgimento de elites que disputam o poder e geram instabilidade política. Não somente isso, o grupo Al-Shaabab está envolvido em vários episódios de violações de direitos humano. O grupo impõe o terrorismo, principalmente no centro sul do país, e comete uma série de abusos de direitos humanos ao sequestrar, torturar e assassinar pessoas que não seguem a sua interpretação da lei islâmica.

Não somente o grupo Al-Shaabab aterroriza a população, o governo somali também é responsável pela redução das condições de humanidade. A agência de inteligência no país, a NISA, não possui mandato legal para deter pessoas. No entanto, o órgão está prendendo e interrogando suspeitos sem qualquer revisão judicial.

Além disso, a organização não governamental *Human Rights Watch* revela no relatório de 2015 sobre a Somália que:

“The Somali government continued to rely on its military court to administer justice for a broad range of crimes not within its jurisdiction in proceedings that fall short of international fair trial standards. The court in 2014 sentenced to death and executed 15 people, 13 of whom were not members of the Somali armed forces”. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2015, p.2).

Isso mostra o quanto o Estado somali é incapaz de garantir os direitos humanos à sua própria população. O Estado é extremamente fraco nesse sentido, por outro lado é forte em abusar dos direitos humanos da sua população.

Além disso, por estar presente em uma região por desfavorecida de recursos naturais a população convive diariamente com as secas e a fome constante que mata centenas habitantes. Boa parte dos somalis depende de doações de alimentos, mas a guerra civil entre o governo e os militantes islâmicos prejudica a chegada desses alimentos. A ausência de autoridades e de estruturas governamentais fortes dentro do país também é outro indicador para ele ser considerado frágil.

“... a construção de Estados é uma das questões mais importantes para a comunidade mundial, porque Estados fracos ou fracassados constituem a fonte de muitos dos problemas mais graves do mundo, da pobreza a AIDS, das drogas ao terrorismo.” (FUKUYAMA, 2005, p. 9)

O Estado frágil é prejudicial a todo o sistema internacional, e a Somália é esse tipo de Estado. Um país de extrema pobreza que vive uma guerra civil e perigo eminente de terrorismo.

Mesmo a Somália apresentava, durante a Guerra Fria, aspectos que caracterizavam que, na época, o Estado ampliou o seu escopo; o país atualmente é um Estado frágil. O curto período como um Estado minimamente forte revela o quanto a Somália, se autogovernando é um fracasso. O clientelismo, a corrupção da elite política, a incapacidade das instituições do Estado em garantirem serviços básicos à sua população e a constante guerra ao terror tornam a Somália um Estado fraco dependente de ajuda e intervenções externas como forma de estabelecer a estabilidade. Mesmo nesse momento não havia preocupação governamental em relação a condição humana dos cidadãos. A fome e a pobreza ainda eram características da realidade somali.

4. República Centro Africana

A República Centro Africana é considerada um dos três países mais frágeis, segundo o índice de Estados frágeis. E conforme visto, vive em um cenário de instabilidade política marcado por um histórico de golpes de Estado. A RCA já nasceu como um

Estado que apresentava sérios problemas quanto a força de realizar políticas estatais, usando o termo de Fukuyama. Nesse sentido, percebe-se que o tipo de colonização no país enfraqueceu o poder das suas instituições, visto que a França administrava o país através de uma administração direta e centralizadora, durante o período colonial. Os governantes escolhidos pela metrópole estavam mais preocupados em atender as demandas de exploração da França, por isso, o escopo das funções da colônia era limitado, mas extremamente forte.

Assim, sob a lógica de Fukuyama de caracterização de um Estado quanto a sua força, a RCA durante o seu período colonial era um Estado forte, visto que no eixo X o Estado não se propunha em assumir muitas funções e metas, suas principais metas eram a construção de bens públicos que facilitavam a exploração da colônia em razão da metrópole francesa e a manutenção da ordem interna. Além de promover um ambiente para que companhias francesas pudessem se instalar no local. Outras funções mínimas como prover serviços de saúde pública e melhorar a equidade não faziam parte do escopo. Mas as poucas funções que eram assumidas eram realizadas com eficiência, por isso, a RCA na época colonial era um Estado forte.

Ao contrário do período colonial, a RCA nasceu como um Estado que apresentava já algumas deficiências quanto a força para realizar funções mínimas. Inúmeros golpes de Estado e problemas econômicos ocorreram na região. A questão é que, a ausência da administração direta da França no novo país revelou a verdadeira situação da região. O pouco investimento produtivo local e a economia baseada em bens como o amendoim e o algodão levaram a RCA ter sérios problemas para fechar as contas públicas. Além disso, a redução da interferência francesa na região mostrou que as instituições centro africanas não apresentavam a mesma legitimidade como antes, principalmente no que se referia a manutenção da estabilidade política. Muitos golpes de Estado ocorreram, e governos marcados pelo autoritarismo como o de Bokassa se destacaram na história do país.

Mesmo assim, até a década de 90, a França ainda conseguia intervir nos rumos do país forçando a saída do poder dos governantes que agiam de forma contrária aos interesses franceses. Foi o caso de Dacko que chegou ao poder em 1979, reestabelecendo a república com o apoio francês. Muitos golpes de Estado ocorreriam, mas todos estavam sob o controle da antiga metrópole. E, apesar da RCA nessa época apresentar algumas deficiências institucionais, ela ainda muito se assemelhava com o Estado colonial. A França ajudava a manter alguns grupos políticos no poder se estes mantivessem alguns privilégios, como o fornecimento de urânio usado para o programa nuclear francês. Um Estado neopatrimonialista ganhou cada vez mais espaço graças a elites que se permaneciam no poder usando os recursos públicos em benefício próprio. Além de não garantirem serviços básicos, os governos, em sua maioria, eram autoritários, centralizadores e com grandes dificuldades de manter as contas públicas sob controle.

Tendo em vista a teoria de Fukuyama, a partir desse momento, a RCA retraiu a força do Estado. Isto é diminuiu a capacidade de concretizar suas funções. Quanto mais neopatrimonialista a RCA foi se tornando, mais a força do Estado foi reduzida. Isso porque, nesse ambiente, cria-se um Estado clientelista e as instituições se tornam cada vez mais informais. A elite usa o setor público em benefício próprio e a força das instituições dos Estados não atendem mais os interesses populacionais. Foi esse fenômeno que se intensificou a partir da independência da RCA e fez debilita-se institucionalmente.

A fragilidade da RCA se intensificou a partir do fim da Guerra Fria, a onda de democratização pelo mundo reduziu o poder de influência da França no país, e a falsa estabilidade do país ruiu. A crise econômica que atingiu o país e levou Patassé pedir ajuda militar da França para permanecer no poder e financeira do FMI para melhorar a situação do país. O programa de reestruturação econômica sugerido pelo FMI foi usado pela elite no poder como desculpa para reduzir, ao mesmo tempo, o escopo e a força do Estado dando espaço para a criação de instituições cada vez mais informais. E, conforme visto, segundo a teoria de Fukuyama, um Estado clientelista reduz o escopo e a força do Estado e intensifica a força das forças armadas e de cargos públicos.

Foi o que aconteceu com o governo de Patassé, que investiu no setor militar, com a ajuda da França. As fortes privatizações e reduções de subsídios reduziram o escopo da RCA, mas o que mais contribuiu para agravar o processo de fragilidade estatal foi a má execução de algumas partes do programa de reestruturação econômica do FMI, como o fortalecimento no setor agrícola. O que ocorreu foi a redução do já limitado escopo do país e a perda de legitimidade das instituições.

A atual crise do país é marcada por fortes conflitos entre grupos cristãos e muçulmanos. O resultado desse conflito e da fragilidade do Estado contribui para violação dos direitos humanos e os frequentes episódios de assassinatos em massa, sequestros, mutilação de corpos e tortura. Uma missão da ONU foi criada na tentativa de acabar com o conflito na região, mas não houve mudanças significativas.

Segundo a Anistia Internacional,

“A implantação da Missão Integrada das Nações Unidas de Estabilização Multidimensional (MINUEM), em setembro, aumentou as esperanças de mudança – ainda que, passado apenas um mês, tivesse sido registrado um aumento significativo da violência em todo o país.” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014, p.4)

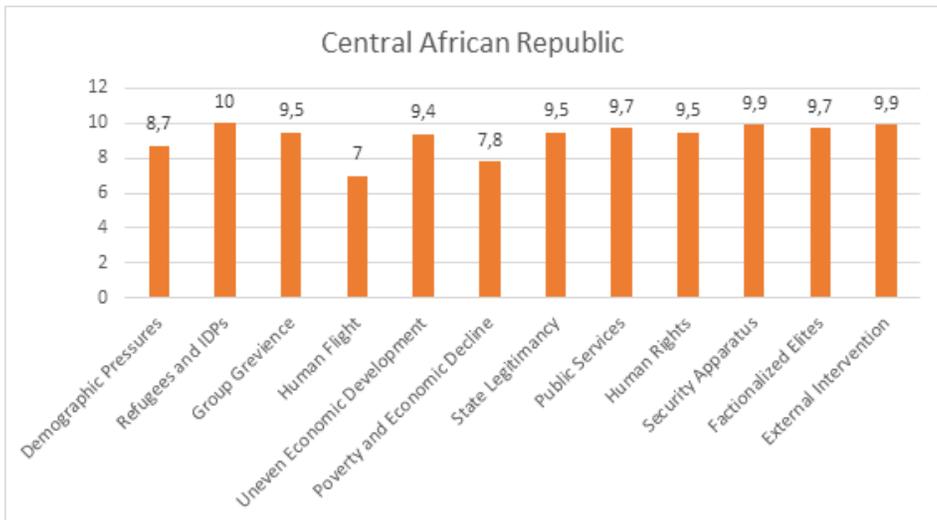
Além das tropas da ONU, estão no local forças francesas chamadas de Sangaris e da União Europeia chamadas de FONUE.

A redução do escopo e da força do Estado fez com que o mesmo perdesse legitimidade e o aparato institucional, ambiente perfeito para o início dos conflitos entre Séléka e Anti-balaka, em 2012. Esse cenário se estendeu até 2013, quando o *Fragile States Index* de 2014 mensurou a situação do país sob doze aspectos.

De acordo com o gráfico 3, o país se destaca no indicador *refugees and IDPs e external intervention*, o que está totalmente de acordo com estudo de caso apresentado nesse trabalho. Em segundo plano, o país se destaca por apresentar fragilidade no aparelho de segurança do Estado e possuir elites faccionárias, isso explica o atual cenário de conflitos entre os grupos Séléka e Anti-balaka.

A falta de instituições fortes explica a dificuldade em estabelecer a ordem interna e o aumento da violência no país. Dessa forma, a RCA é classificada perfeitamente como um Estado frágil por causa das suas instituições que são fracas em realizar as funções e políticas que se propõem a cumprir. E desse modo, tornam-se incapazes de garantir que o mínimo de humanidade seja garantido à sua população.

Gráfico 3: República Centro Africana



Fonte: *Fragile States Index*, 2014

Com a análise feita aos pontos históricos dos países escolhidos para a realização do estudo, conseguimos observar quais as características mais prováveis que levaram esses Estados a alcançarem um nível tão alarmante para que fossem classificados como Estados frágeis.

6. Iêmen

Explicado anteriormente, o caso do Iêmen vem sendo discutido através dos anos, alguns estudiosos afirmam que o país não poderá ser classificado como um Estado frágil, pois até o ano de 2010 havia um governo sólido. Contudo a partir dos conflitos internos que levaram o governo de Ali Abdullah Saleh a uma renúncia, o país começou a passar por algumas transformações.

Analisando o período histórico, os acontecimentos do ano de 2011 na Tunísia e no Egito contra um governo ditatorial, levaram uma ponta de esperança para que os habitantes do Iêmen encontrassem uma possibilidade para um Estado melhor e mais desenvolvido, já que o nível econômico do país estava absurdamente fraco e o nível de desempregados estava alcançando a casa dos 2 milhões. Outro fato relevante para que as revoltas tomassem mais força, foram as questões envolvendo os esquemas políticos de corrupção.

Acostumado a um grau de violência moderado, o Iêmen, país mais pobre do Oriente Médio, vive nos últimos meses alguns dos episódios mais sangrentos de sua história e caminha para se tornar um Estado mais frágil na região, a exemplo do Afeganistão e da Síria. Um antigo conflito político, agravado pelo mal concebido plano de estabilização pós-Primavera Árabe, tem se acirrado e, mais recentemente, se entrelaçado com um confronto sectário entre xiitas e sunitas. A instabilidade atual, que ameaça derivar para uma guerra civil e para a divisão territorial do Iêmen, se tornou mais aguda com o início de uma intervenção internacional liderada pela Arábia Saudita.

Em 2011, o Iêmen foi um dos vários países varridos pela chamada Primavera Árabe. A onda de protestos tinha como alvo o então ditador do país, Ali Abdullah Saleh, que ocupava a presidência há 33 anos. Ao contrário de Egito, Tunísia e Líbia, onde os déspotas de plantão foram presos, expatriados ou assassinados, o Iêmen teve uma solução negociada, que deu a Saleh a chance de continuar atuando na política iemenita. Em troca de imunidade e da manutenção da presidência de seu partido (o Congresso Geral do Povo), o ditador entregou o cargo a seu vice, Abd Rabbuh Mansur Hadi. Eleito presidente em 2012, em um pleito no qual era candidato único, Hadi tinha a missão de governar o país no período de transição, supervisionando a elaboração de uma nova Constituição e as eleições presidenciais marcadas para 2014.

Neste ponto, a transição do Iêmen era tida como “modelo” pelo governo dos Estados Unidos e pelas Nações Unidas. Em vez dos sobressaltos ocorridos no Egito, na Tunísia e na Líbia, o Iêmen teria uma transição moderada e calma. O plano falhou de forma clamorosa, no entanto, por conta de sua natureza impositiva. A transição não foi

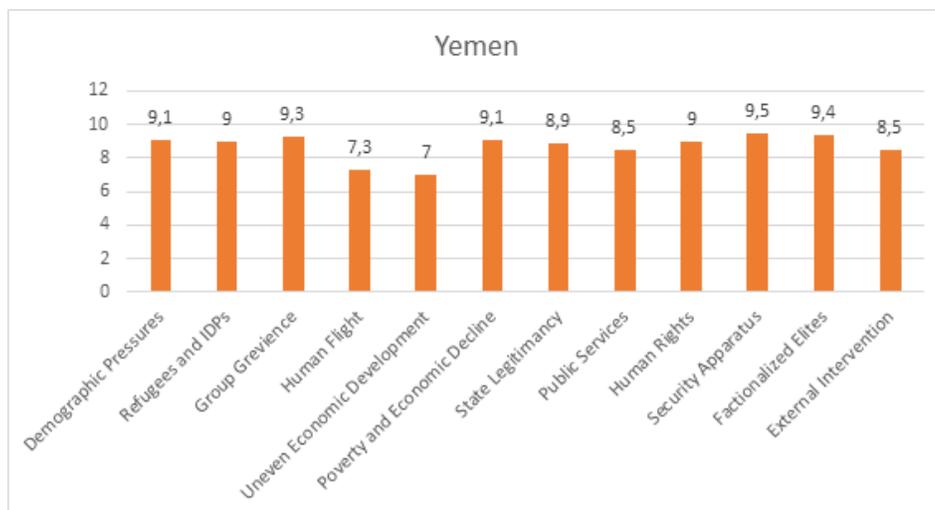
comandada por atores locais, como a juventude que liderou os protestos contra Saleh nem contemplou a plural sociedade iemenita.

O deslocamento entre o comando de transição e a realidade iemenita ficou expresso na nova Constituição, que ao invés de dar mais representatividade aos diversos grupos sociais do país, a Carta, que aparentemente foi baseada na Constituição do Iraque, acabou prevendo algumas transformações no lêmên que acabou contribuindo para as sangrentas guerras civis que ocorreram no lêmên do Norte e no lêmên do Sul no ano de 1994.

Vemos que o lêmên é um país habituado a viver em crises e conflitos o que mostra o quanto os governos e as suas instituições são fracas e incapazes de controlar o próprio território. A série de privatizações e corte de subsídios em áreas como a saúde e educação em que o Estado deveria se manter forte enfraqueceu ainda mais o Estado. Francis Fukuyama afirma que a adoção de medidas neoliberais durante a década de 90 em vários países teve como resultado o enfraquecimento desses Estados. Isso porque houve a redução do escopo estatal, o que pode ser visto no caso do lêmên na medida em que os conflitos entre norte e sul se intensificaram durante essa década.

Conforme visto no gráfico 4, o lêmên leva pontuação 10 em *security apparatus*, isto é, não detém o monopólio exclusivo da força física na região. Visto que esse monopólio é concorrido por grupos insurgentes tais como, grupos separatistas no Sul do país e combatente no Norte, bem como a insurgência de terroristas da Al-Qaeda.

Gráfico 4: lêmên



Fonte: *Fragile States Index*, 2014

Vemos, portanto, que o governo detém pouca autoridade e, por isso, é incapaz de impor a ordem no próprio território o que caracteriza um Estado como frágil para Noam Chomsky. Além disso, a falta de prestação de serviços públicos e o baixo cumprimento das leis no país também explica a falência do Estado, pois o escopo estatal, usando os termos de Francis Fukuyama, foi bastante reduzido principalmente durante a década de 90. Isto é, o Iêmen se propôs assumir menos funções e se tornou cada vez mais incapaz de realizar suas pretensões assumidas.

Dessa forma, vemos que, se comparado ao Sudão do Sul, República Centro Africana ou à Somália, o Iêmen é considerado um Estado menos frágil. O país em questão possuía uma histórica estabilidade e controle interno, contando com o cumprimento mínimo das funções propostas pelo governo. No entanto, esse cenário mudou após a década de 90 e durante o período da Primavera Árabe, no qual o governo se tornou mais autoritário, chamando atenção do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, que expressou preocupação quanto a situação do país. Em 2012 a lei da anistia foi encaminhada ao parlamento iemenita concedendo o perdão àqueles que cometeram crimes de guerra, contra a humanidade ou genocídio. Além disso, os ataques da Arábia Saudita, nos últimos meses, ao país colaboram para o enfraquecimento institucional do Iêmen e agravam as condições de humanidade da população.

7. Nigéria

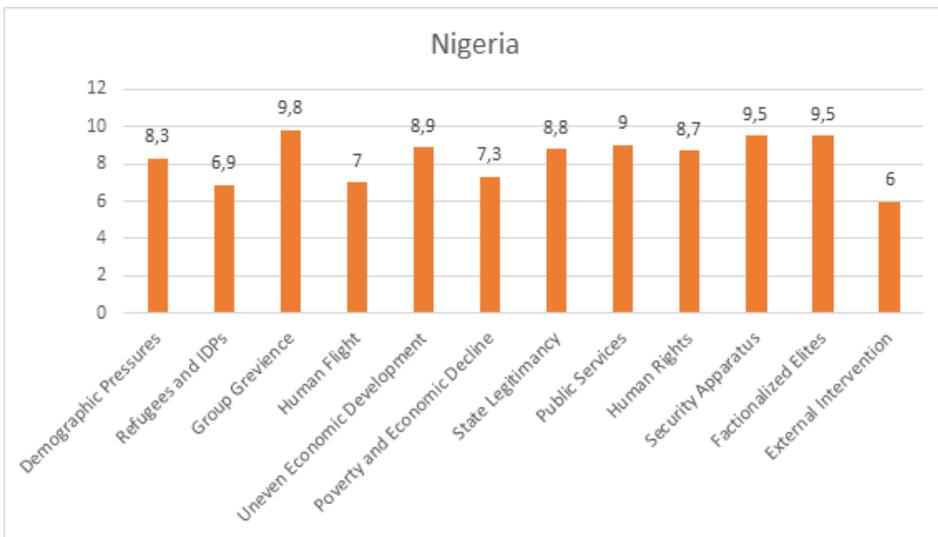
De acordo com o *index* do ano de 2014, a Nigéria encontra-se em decimo sétimo lugar, sendo classificada como “Alert”. O que nos levou a utilizá-la como parte do nosso escopo de estudo fora sua situação atual, o que nos leva a tomá-la como um estudo de caso futuro, utilizando das outras nações aqui discutidas como parâmetro de comparação devido ao seu saldo histórico relativamente semelhante.

Atualmente, a Nigéria encontra-se em um precipício. Seus problemas são uma mistura complexa de questões sociais, políticas, étnicas, jurídicas e constitucionais que hoje atormentam o país em proporções nunca antes imaginadas em sua história. Uma das maiores nações africanas – com seu PIB que supera 500 bilhões de dólares anualmente devido a seu prospero setor petrolífero, que compõe 20% de sua economia, batendo países como África do Sul e Egito – enfrenta hoje uma perigosa escalda de campanhas terroristas com fortes características de insurgência, com seu caráter dominante, a religião – que pode ser entendido através da unificação das partes Norte-Sul.

No final do dia, dada à dinâmica de turbulência política, as escolhas políticas certamente ditam se a Nigéria poderá sobreviver como um Estado unitário ou se a falha e fragmentação em estado micro-mini incipientes e inerente ao futuro da nação. Seus indicadores são profusos e ameaçadores – a sólida insurgência do *Boko Haram*, onde

sua atividade se alastrou pelo Chade, Níger e Camarões, a violência política, corrupção, o nepotismo, o tribalismo, raptos e sequestro, assalto à mão armada, assassinato e extorsão, bombardeios de lugares com conotação religiosa, milícias e recrutamento de crianças para lutarem junto a guerra civil que se instaura, estupro e mutilação das mulheres – são todos indicadores de um Estado frágil. É por essa razão que a Nigéria recebe nota alta no indicativo *security apparatus* como visto no gráfico 5, e recebe a mesma pontuação no indicador *group grievance*, por ter grande tensão entre o grupo extremista insurgente, *Boko Haram*, e o Estado – o mesmo sendo eficiente em garantir a segurança e a ordem no país.

Gráfico 5: Nigéria



Fonte: *Fragile States Index, 2014*

De modo mais geral e mais preocupante, a Nigéria é claramente uma nação em guerra consigo própria. O nepotismo, o favoritismo, sentimentos tribais e o fanatismo religioso apenas ameaçam o caminho para a paz contínua tão prezada para a população. Em seu discurso na ONU no ano de 2015, o então recentemente eleito presidente da Nigéria, Muhammadu Buhari, admite que, mesmo que não receba tanta visibilidade quanto os conflitos no Oriente Médio, os focos de insurgência são de extrema preocupação da nação, uma vez que sua mobilidade chega a infringir níveis de segurança internacional – embasando seu argumento ao mencionar o caso das estudantes raptadas pelo grupo extremista da região, e também sua promessa de as trazer de volta.

Na Nigéria, o que mais agrava a situação da violação dos direitos humanos são os ataques do *Boko Haram*. Mas não somente isso, as instituições do país, principalmente

aquelas ligadas à justiça contribuem para a redução das condições de humanidade para a sua população. Isso pode ser visto na medida em que 58% das 55 mil pessoas detidas no país esperam longos períodos para serem julgadas de forma imparcial. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015). Desde a sua independência, a Nigéria firmou vários acordos que visavam à proteção dos direitos humanos, a sua Constituição também prevê isso. Entretanto, apesar de ter assumido essa função ou, usando as palavras de Fukuyama, tendo o país escopo, este não possui capacidade para fazer cumprir essa função assumida nos diversos acordos que foram assinados.

A Nigéria possui sérios problemas quanto ao cumprimento de suas leis, o governo atual assumiu o compromisso de cumprir os tratados de direitos humanos, mas até o presente momento os violadores desses direitos não foram responsabilizados. As instituições da Nigéria são frágeis e, por isso, não são capazes de cumprir os compromissos assumidos pelo Estado e a proteção dos direitos humanos.

Seguindo a lógica da teoria de Fukuyama, ao não priorizar suas ambições a fim de tornar o Estado um ente funcional, ou seja, a não manutenção mínima do mesmo para que sua funcionalidade continue bem estruturada, o Estado é considerado fraco. O eixo X nigeriano – aquilo que o Estado se propõe a cumprir – renovou-se assim que o novo presidente derrotou Goodluck Johnson, e com isso, deu novas esperanças à sua população. Porém, consideramos o eixo Y – tudo o que o Estado é capaz de realizar – observamos, mesmo assim, uma não priorização dos direitos humanos constantemente quebrados – uma vez que o combate à essas insurgências, e apenas isso, está em sua agenda de prioridade. Dessa forma, a Nigéria é um Estado, se comparado aos casos estudados aqui, menos frágil por, apesar de não ter capacidade de realizar a maioria de suas pretensões, propõe-se a cumprir mais metas que os Estados analisados anteriormente.

8. America do Sul

Ao introduzirmos países da América do Sul buscamos um afinamento da distância psíquica em relação à realidade de nosso país. Levamos em consideração o saldo histórico de sua região, com processos de colonização e independência diferentes dos países africanos e do Oriente Médio primeiramente abordado.

Devemos manter em mente pontos principais para a diferenciação desses dois grupos estudados – primeiramente, não houve a separação étnica irregular. Episódios como a Partilha da África e o Acordo de Sykes-Picot, que definiram a situação fronteiriça e área de influência das grandes metrópoles que, conseqüentemente, torna-se responsável pelos conflitos que hoje observamos em sua maioria, não se faz alegadamente presente no território sul-americano.

Consideramos, portanto, uma identidade nacional mais sólida ao tomarmos como parâmetro a discrepância presente na África – ambos territórios extensos com um pluralismo cultural fortemente presente, porém, sua divisão é vista de uma forma muito mais homogênea. Não contamos com a mesma quantidade de conflitos étnicos, nascimentos de grupos extremistas e guerras civis.

Vale ressaltar a importância do processo de descolonização, ao comparar as duas áreas pesquisadas. Salienciamos que ambas eram colônias de metrópoles europeias, porém os efeitos dessa colonização de extração são muito mais visíveis no território africano – consequentemente sua descolonização deteve um impacto negativo de maior dimensão, carregando-o para a posterioridade. Além disso, os processos de independência dos países sul-americanos aqui citados ocorreram por volta de 1800; em contrapartida, os países da África e do Oriente Médio abordados obtiveram sua independência em um período muito mais recente, em sua maioria na década de 60, seguindo a onda de emancipação pós Segunda Guerra Mundial. Portanto, o Estado na África e em regiões do Oriente Médio é uma construção mais recente.

Mesmo ao apontar dadas diferenças, existem pontos que não podemos ignorar ao tratarmos de direitos humanos. Venezuela e Brasil, respectivamente, se encontram 83^º e 125^º lugar – países que contaram com períodos ditatoriais dos quais deixaram profundas marcas em sua história.

8.1. Venezuela

É uma realidade em quase toda a América Latina episódios em que o Estado se sobressai pelo seu forte papel na economia e em outros setores. Diferentemente dos países analisados anteriormente que apresentam intensa fragilidade institucional em várias áreas, inclusive na economia, o Estado venezuelano se propõe a assumir muitas funções. Em outras palavras, é dono de um escopo de atividades mais extenso. O principal problema, no caso venezuelano, são os regulares episódios de violações de direitos humanos. Portanto, aplicando a ideias de Francis Fukuyama em relação à força estatal, a Venezuela é um Estado mais forte se comparado aos países anteriormente analisados, no que confere ao escopo de atividades. Suas instituições igualmente são mais fortes, se comparada as do Sudão do Sul ou até as da Nigéria.

O que faz a Venezuela se enfraquecer institucionalmente é a forte corrupção que a impede que as suas instituições cumpram com eficiência aquilo que se responsabilizaram a cumprir. Nesse ponto, destaca-se o poder das forças armadas no país e, nesse sentido, o não cumprimento de uma de suas principais características, ser apolítica.

Conforme a Constituição da República Bolivariana da Venezuela,

“*La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en el mantenimiento del orden interno y la participación activa en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la ley*”. (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, art. 328, 1999)

Entretanto, na prática as forças armadas venezuelanas ganham cada vez mais protagonismo político. Dessa forma, essa instituição, em especial, acumula funções que não são suas e ingere nos assuntos políticos do país. A Venezuela possui uma máquina estatal extensa diferentemente dos países analisados anteriormente. O país se propõe a realizar várias funções e algumas das suas instituições, como as forças armadas, acumulam funções que não são de sua competência.

Segundo Fukuyama, o Estado ideal, do ponto de vista da sua força, seria aquele que não possui um escopo de atividade muito extenso e que é extremamente capaz de cumprir as suas poucas funções. A Venezuela aparece em 83º lugar no índice de Estados frágeis de 2014 dentro do grupo de *high warning* para a possibilidade de se tornar um Estado frágil. Ou seja, o país não é classificado como tal, mas possui uma alta possibilidade de se tornar um no futuro.

Os problemas institucionais venezuelanos envolvem a forte corrupção que aflige o país. Em 2014, a Venezuela foi classificada pela ONG *Transparency International* como o país mais corrupto da América Latina. Em relação à corrupção, o país se assemelha ao lêmén visto aqui como um Estado frágil. (CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2014)

Em 1958 houve, na Venezuela, uma grande insatisfação popular em relação ao ditador Marco Pérez Jiménez. O presidente estava envolvido em um escândalo de corrupção por desviar o dinheiro advindo do petróleo em benefício próprio. Além disso, direitos políticos foram suspensos em sua gestão e o Estado se transformou em um ente opressor. Com a justificativa de impedir novos episódios de corrupção e a volta da democracia, foi instituído o Pacto de Punto Fijo entre os três principais partidos da época a *Acción Democrática* (AD), a *Unión Republicana Democrática* (URD) e o *Comité de Organización Política Electoral Independiente* (Copei). Novas eleições seriam feitas em dezembro de 1958 e esses partidos se responsabilizavam em respeitar o resultado dessas eleições que prezava a alternância de poder entre os mesmos. No entanto, criou-se um Estado clientelista e corrupto em que somente eram beneficiados aqueles que estavam ligados ao partido que estava no poder. Isso gerou nova insatisfação e protestos tomaram o país sob a liderança do Partido Comunista. Em resposta, o governo suspendeu as garantias constitucionais.

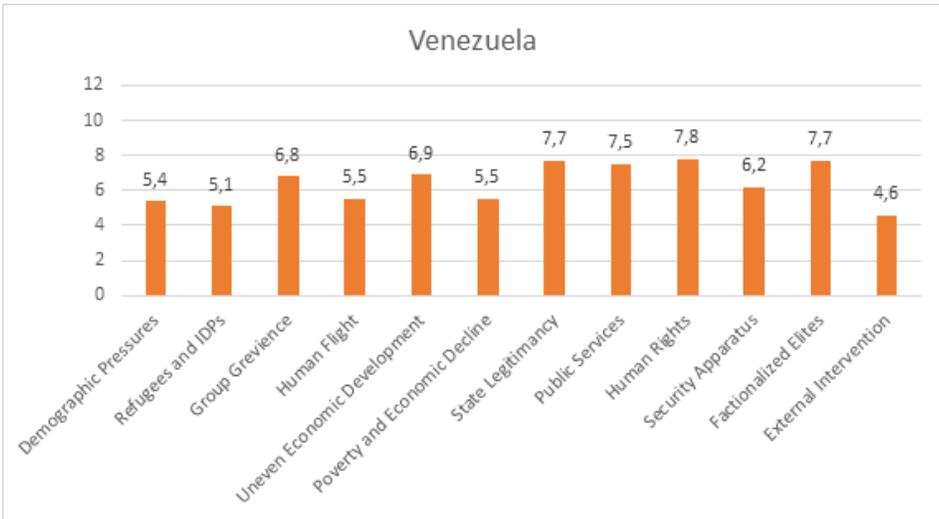
Durante a década de 80, a Venezuela sofreu com a forte desvalorização do preço do petróleo no mercado internacional. Com isso, as receitas venezuelanas declinaram e o país entrou em crise. O país foi obrigado a adotar medidas de austeridade impostas pelo FMI. Tais medidas impulsionaram as reservas internacionais do país e a abertura para o capital estrangeiro das empresas petrolíferas, todavia houve a redução dos investimentos nas áreas da saúde e educação. As medidas de austeridade não foram bem vistas por boa parte da população que se revoltaram ainda mais com os partidos que apoiavam essas medidas. Foi nesse momento que Hugo Chávez, após a tentativa fracassada de golpe de Estado, ganhou força na sociedade venezuelana.

O governo de Carlos Andrés Pérez foi perdendo legitimidade perante a população venezuelana por causa das medidas de austeridade e pela centralização política e novos episódios de corrupção. Havia graves problemas em relação à prestação de contas e a impunidade no país. Criou-se, nessa época, uma crise institucional em que os interesses societários não eram atendidos. As instituições estavam corrompidas.

Hugo Chávez chegou ao poder encerrando o Pacto de Punto Fijo e iniciando uma nova era do populismo na Venezuela através de um discurso de erradicação da pobreza. Uma nova constituição foi criada em 1999, substituindo a Constituição de 1961 e transformando o Parlamento em unicameral e esvaziando o antigo sistema bipartidário.

Um forte movimento de oposição ao governo foi criado insatisfeito com as reformas chavistas. É por essa razão que as forças armadas ganharam força no governo de Chávez, tendo certa supremacia em relação aos direitos civis. O personalismo ganhou destaque na Venezuela com Hugo Chávez, que se mostrava ser um líder forte com discursos regados pelo nacionalismo e contra a oligarquia local. Nesse novo governo, o Estado se tornou novamente autoritário e as instituições do país se voltaram para atender os anseios do presidente e não às leis do país. O Estado Democrático de Direito foi desaparecendo.

Os direitos humanos são, dentre os 12 indicativos do Fragile States Index 2014, aqueles que recebem pontuação mais alta no caso venezuelano. Destacando que o índice de 2014 considera acontecimentos de janeiro a dezembro de 2013. Conforme visto no gráfico, o indicativo de violações de direitos humanos é o que recebe nota mais alta se comparado a outros. Isso porque a alta concentração de poder no país na figura do presidente, que atualmente é representado por Nicolás Maduro, transforma o país em uma entidade opressora. Dessa forma, as instituições venezuelanas são voltadas para atender os interesses do presidente e não da população como um todo. Um exemplo disso é a politização do sistema judiciário, que desde o governo de Hugo Chávez, aumentou o número de juízes aliados ao governo. Por isso, o Supremo Tribunal tem validado episódios de violações de direitos humanos e das normas internacionais. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2012).

Gráfico 6: Venezuela

Fonte: *Fragile States Index, 2014*

A nota alta em relação às violações de direitos humanos no índice é vista, na prática, quando se analisa as leis que foram criadas que restringem a liberdade de expressão nos meios de comunicação e o aumento dos poderes da CONATEL, a agência estatal de comunicações no país. Além disso, o governo perseguiu defensores de direitos humanos sob a alegação que eles estavam recebendo verbas do governo estadunidense.

Segundo o Human Rights Watch,

“Em 2010, o Supremo Tribunal decretou que pessoas ou organizações que recebam verbas estrangeiras podem ser julgadas por “traição”, conforme uma disposição do código penal que estabelece uma pena de até 15 anos. Por sua vez, a Assembleia Nacional aprovou leis que impedem organizações que “defendem os direitos humanos” ou “monitoram o desempenho dos órgãos públicos” de receber em auxílio internacional.” (HRW, 2012)

O país sofre com graves abusos de poder e perseguições aos opositores do governo e se tornou um dos maiores violadores de direitos humanos da América Latina. Temendo represálias, em 2013 a Venezuela decidiu se retirar Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, é possível entender o porquê da Venezuela estar em 83º lugar no índice de Estados frágeis, pois no que se refere à força das suas instituições o país é mais forte do que os analisados anteriormente. Entretanto, essa força está concentrada

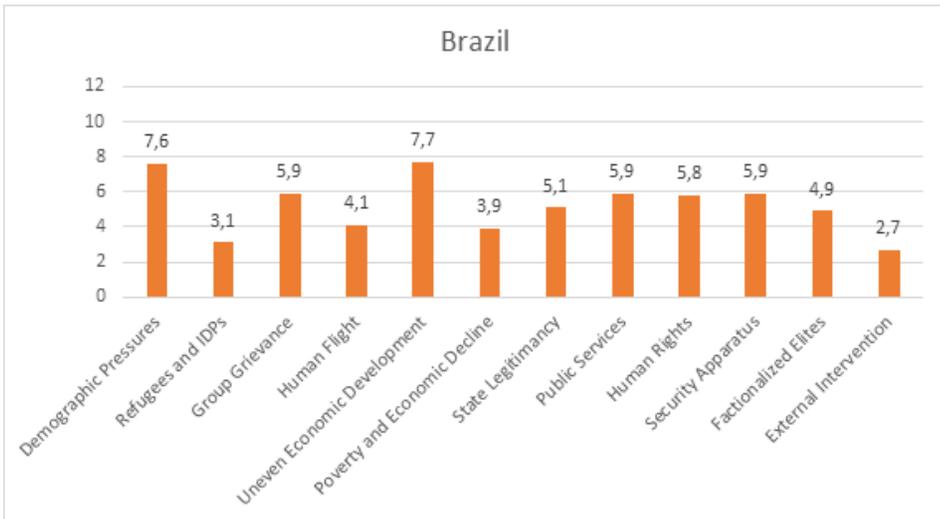
em atender os interesses do presidente excluindo os anseios da população e o que está posto nas leis. A concentração de poder nas mãos do presidente agrava os episódios de violações de direitos humanos, mesmo que esses direitos estejam postos no título III da constituição do país.

8.2. Brasil

Mantendo sua imagem de país líder em questões humanitárias, o Brasil está entre uma das democracias mais influentes em assuntos regionais e mundiais desse cunho, e ganha cada vez presença em debates internacionais em resposta à problemas relacionados aos direitos humanos. Porém ao direcionarmos essa visão a nível doméstico observamos que o país continua a confrontar sérios desafios que infringem os direitos humanos – o uso de tortura e de maus tratos, homicídios ilegais cometidos pela polícia, a superlotação das prisões e a impunidade em curso por abusos cometidos durante o regime militar do país no período de 1964 até 1985 (HUMANS RIGHTS WATCH, 2015).

Gangues criminosas e policiamento abusivo são problemas significativos em muitas cidades brasileiras. Nos últimos anos, os governos estaduais das metrópoles, São Paulo e Rio de Janeiro, tem implementado medidas destinadas a melhorar o desempenho da polícia em combater os abusos, porém aqueles que detêm o poder legítimo da força acabam por abusar desta, relatos que estão longe de serem verdadeiros e o encobrimento dos crimes cometidos por eles continuam a acontecer. A polícia é responsável por 436 mortes no estado do Rio de Janeiro e 505 em São Paulo nos primeiros nove meses de 2014, o que representa um aumento de 93% durante o mesmo período em 2013 – segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mais de 2.200 pessoas morreram durante operações policiais em 2013, uma média de seis pessoas por dia.

Não obstante, as condições dos encarcerados são mais do que precárias. Muitas prisões e cadeias brasileiras estão superlotadas e atormentadas pela violência – com a taxa do encarceramento em 45% entre 2006 e 2013 o contingente populacional adulto das prisões chega a meio milhão de pessoas, 37% a mais do que as prisões foram projetadas para suportar, e mais de 20 mil crianças estão atualmente a cumprir penas de prisão. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Gráfico 7: Brasil

Fonte: *Fragile States Index*, 2014

Atrasos dentro do sistema de justiça contribuem para a superlotação, observa-se nos níveis de *demographic pressure* que este o afeta negativamente uma vez que devido a isso e as más condições de saneamento básico facilita-se a propagação de doenças, e o acesso dos presos aos cuidados médicos continua a ser inadequada, ou até mesmo inexistente.

Trata-se não somente desta dada superlotação, mas também da propagação ideológica daqueles que transgridam a lei não são merecedores da proteção da mesma, e aqueles que detêm da força tem o direito de abusá-la. Casos de tortura em delegacias de polícia e centros de detenção são problemas crônicos – das 5.431 queixas de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante de todo país, 84% se refere a incidentes nas delegacias, prisões e centros de detenção juvenil (JUSTICA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2014). Os agentes da lei que cometem esses abusos são raramente levados à justiça. Protegidos por um sistema falho e corrupto, e mesmo após a resolução emitida em janeiro de 2013 que proíbe a polícia da remoção de cadáveres das vítimas das cenas de crime, as quantidades de obstáculos são deveras significativas à prestação de contas para homicídios ilegais no território brasileiro.

A partir da década de 80, o Brasil começou sua jornada para tornar-se um expoente quando se trata de Direitos Humanos – firmou praticamente todos os tratados internacionais nessa área, porém, ostenta um atraso descomunal em termos de justiça humanitária. Comparado a outros países analisados, o Brasil é, mesmo considerando

todos seus problemas, institucionalmente estável. Em 125º lugar no Index de Estados Fragilizados, é classificado dentro do grupo de *warning*, – a fragilidade estatal brasileira continua relativamente distante, porém os efeitos negativos de dada posição já são sentidos em nosso dia-a-dia – ainda somos um dos países mais violentos do mundo, com mais de 50 mil pessoas assassinadas por ano, em sua grande maioria jovens negros de classe baixa (FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS, 2015), concluindo, então, que mesmo com sua imagem de país diverso, a desigualdade ainda assola nosso território.

Segundo a Anistia Internacional,

“Os Direitos Humanos no Brasil são uma questão marcada por contradições. Neste tema, todo passo à frente dado pelo País é seguido por um passo atrás (...) O Brasil é um país com ótimas leis, mas que não são cumpridas, e um déficit de Justiça muito grande”. (ANISTIA INTERNACIONAL, 2013)

Para Francis Fukuyama, um país considerado fraco é aquele que não consegue manter seu escopo estatal à nível de comprometimento, ou seja, o não cumprimento de suas ambições a fim de manter sua funcionalidade o torna frágil. Consideramos, portanto, os pontos que tornam o Brasil institucionalmente deficiente e contraditório – a vil realidade desumana que os detentos vivem, a falta de impunidade dos agentes da ditadura e a extensa corrupção em que o país se encontra imerso.

9. Considerações finais

No que confere aos Estados Frágeis vimos que essa não é uma condição estática, mas sim dinâmica. Assim, um Estado forte pode se tornar fraco um dia. Nesse sentido, Fukuyama caracteriza os Estados sob dois aspectos: escopo e capacidade. O primeiro se refere ao grau de ambição do Estado em assumir funções, ou seja, é aquilo que o Estado se propõe realizar. Já a capacidade se refere à competência do Estado em realizar as funções assumidas. Quando o escopo do Estado é baixo e houver baixa capacidade de realizar suas poucas funções este será um Estado frágil. Usamos a definição de Fukuyama como melhor forma de identificar empiricamente o fenômeno de fragilidade nos Estados selecionados para o estudo de caso.

A escolha dos Estados abordados nesse trabalho se deu a partir da análise do Índice de Estados Frágeis de 2014 produzido pela revista *Foreign Policy* junto com a organização *Fund for Peace*. O índice classifica o grau de fragilidade de 178 países, destes selecionamos analisar cinco – Sudão do Sul, Somália, República Centro Africana, Iêmen e Nigéria. Países que foram classificados em diferentes níveis de fragilidade, sendo o Sudão do Sul, a Somália e a República Centro Africana, respectivamente os três países mais frágeis. São Estados que historicamente foram colonizados e possuem longos episódios

de conflitos internos, além de serem extremamente frágeis institucionalmente. São frágeis porque o escopo desses Estados é reduzido e o governo é incapaz de cumprir os poucos compromissos assumidos. Além disso, como forma de uma aproximação psíquica, abordamos também a Venezuela – que devido a sua situação atual, a quebra dos direitos humanos na região implica na posição de sua posição no índice em análises futuras, e também o Brasil. – Com suas aspirações de tornar-se um expoente no cenário internacional quando se trata de assuntos humanitários contrastando com sua realidade contraditória.

Percebemos que quanto mais frágil o Estado, menos eles consideram os direitos humanos como uma função. Vimos que os três primeiros países dispostos no *Fragile States Index* de 2014 possuem notas altas no indicativo de violação de direitos humanos. O Sudão do Sul, Somália e República Centro Africana receberam a pontuação 10 nesse indicativo e ambos os países não assumem os direitos humanos como uma função do Estado nem possuem capacidade de garanti-los. Ambos retrocederam suas responsabilidades em relação a esses direitos ao tentarem conceder imunidade à chefe de Estados e autoridades do governo que cometeram crimes contra a humanidade. O próprio Sudão do Sul, não se comprometeu em cumprir vários tratados sobre direitos humanos e se tornou um violador desses direitos ao transformar suas instituições em entidades que prendem e perseguem pessoas arbitrariamente. Vimos que nesses Estados os vários episódios de conflitos internos entre o Estado e grupos opositores levam esse a transformar suas instituições em entidades opressoras. Isso porque a principal preocupação desses Estados é o pôr fim aos conflitos internos. Esses Estados não assumem muitas funções, por isso seu escopo é limitado. Aliado a isso o fato deles serem pouco capazes de cumprir as poucas funções que se dispõem a cumprir. Os Estados mais frágeis modificam as funções de suas instituições violando os direitos humanos. É o caso do Sudão do Sul que modificou a função do serviço de segurança do país ganhando esse serviço o poder de prender e perseguir pessoas arbitrariamente.

Constatamos que o Iêmen era considerado um Estado forte, as propostas assumidas pelo país eram minimamente cumpridas. No entanto, a implantação do programa de reestruturação econômica no país reduziu o escopo estatal. Junto a isso em 2011 a Primavera Árabe abalou o país que já estava se enfraquecendo. Os conflitos ganharam força no país e o Estado reestruturou na tentativa de pôr fim aos conflitos O Iêmen também propôs aprovar a lei da anistia no país, o que significa um retrocesso aos direitos humanos. Junto a isso, a guerra com a Arábia Saudita deixou o Estado mais vulnerável e enfraquecido. O país recebeu pontuação alta - 9,1 - no indicativo de violações de direitos humanos. É inferior às notas dos três Estados mais frágeis do índice o que mostra que quanto mais frágil o Estado menor é a sua preocupação com os direitos humanos.

A Nigéria não é considerada totalmente fragilizado. Ele está no décimo quarto lugar no índice de Estados frágeis sendo classificado como um país que está em um estado de alerta quanto a sua fragilidade. Vimos isso através da análise histórica da situação

do país e como a ascensão do grupo fundamentalista islâmico, *Boko Haram* contribuiu para a multiplicação dos episódios de violações de direitos humanos. Mas atualmente o Estado também é responsável por esses episódios, na medida em que algumas das suas instituições reduzem as condições de humanidade dos nigerianos. Apesar disso, o país é o menos frágil se comparado aos outros quatro países. Isso porque a Nigéria assume os direitos humanos como uma função do Estado, ou seja, tem esses direitos como parte do seu escopo estatal. O problema é a capacidade de garantir esses direitos.

Ao nos transferirmos para a América do Sul enfrentamos uma outra realidade que fundamente os Estados analisados de uma forma diferente do que aqueles que ocupam as primeiras posições do índice. Entretanto, observa-se que a dificuldade da manutenção dos Direitos Humanos não é um fator condicionado diretamente apenas aos países da África e Oriente Médio. A Venezuela, com seu índice a 7,8, demonstra que sua capacidade de garantia dos direitos é minimizada – a corrupção interna do país e o regime ditatorial e opressor que o afeta faz com que o escopo estatal não cumpra com suas prioridades.

Nossa realidade é consideravelmente diferente. O Brasil, em 125º lugar no ranking com seu índice de violação de Direitos Humanos à 5,8, é relativamente mais estável. Apesar de sua posição no ranking, o Brasil é visto como um país contraditório no cenário mundial – com ótimas leis, porém não é capaz de cumpri-las. Portanto, existe um dado conflito entre seu escopo estatal e sua capacidade de comprometimento– referindo-se diretamente à teoria de Francis Fukuyama quando se refere à Estados Fragilizados. Combinando esses fatores à situação de intensa corrupção e declínio econômico que hoje nos encontramos, a fragilidade estatal brasileira tem fortes tendências de aumentar – colocando em risco, portanto, os direitos humanos de sua população.

Concluimos que, apesar dos direitos humanos serem uma das responsabilidades do Estado segundo várias declarações de direitos humanos, os Estados mais frágeis do sistema internacional não seguem essa lógica. Esses Estados se assemelham aos Estados na Antiguidade em que quase não havia menção sobre questões ligadas à condição de humanidade de seus cidadãos. Esse tema se torna importante por tratar sobre dois problemas pertinentes nos estudos atuais de Relações Internacionais – Estados frágeis e direitos humanos. Problemas que se não solucionados podem provocar ascensão de grupos terroristas, o aumento de conflitos internos e do número de refugiados pelo mundo, colocando em risco, portanto, a Segurança Internacional como um todo.

10. Referência bibliográfica

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Organización de los Estados Americanos, 2007. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html>. Acesso em: 12 Dezembro 2015.

DUDH. *Declaração universal de direitos humanos*, 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 5 Maio 2015.

FUKUYAMA, F. *Construção de Estados*. 1^a. ed. São Paulo: Rocco, 2005.

GOUVEIA, J. B. *Manual de direito internacional público*. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HELMAN, B.; RATNER, S. R. *Saving Failed States*, Junho 2010. Disponível em: <<http://foreignpolicy.com/2010/06/15/saving-failed-states/>>. Acesso em: 21 Maio 2015.

HUMANOS, F. B. D. *Direitos Humanos e Democracia. Fundo Brasil de Direitos Humanos*, 2015. Disponível em: <<http://www.fundodireitoshumanos.org.br/v2/pt/news/view/direitos-humanos-e-democracia>>. Acesso em: 13 Dezembro 2015.

INTERNACIONAL, A. *Anistia Internacional Informe 2014/2015. Anistia Internacional, 2014*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>>. Acesso em: 02 Setembro 2015.

INTERNACIONAL, A. *Informe 2014/2015 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo. Anistia Internacional, 2014*. Disponível em: <<https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Informe-2014-2015-O-Estado-dos-Direitos-Humanos-no-Mundo.pdf>>. Acesso em: 07 Novembro 2015.

INTERNACIONAL, T. *CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX 2014: RESULTS. Transparency Internacional, 2014*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>. Acesso em: 14 Dezembro 2015.

ONU. *Vienna Declaration and Programme of Action. United Nations Human Rights*, 25 Junho 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em: 5 Novembro 2015.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos*, Janeiro 2009. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 Novembro 2015.

PEACE, F. F. *Fragile States Index 2014. Fund for Peace, 2014*. Disponível em: <<http://fsi.fundforpeace.org/rankings-2014>>. Acesso em: 15 abril 2015.

REZEK, J. F. *Direito Internacional público: curso elementar*. 15^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

STATES, F. *Fragile States 2014. Fund for peace*, 2014. Disponível em: <<http://fsi.fundforpeace.org/rankings-2014>>. Acesso em: 12 Outubro 2015.

VIENNA Declaration and Programme of Action. Office of the high commissioner for human rights, 1993. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>>. Acesso em: 4 Outubro 2015.

WATCH, H. R. *World Report 2014. Human Rights Watch*, 2014. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/wr2014_web_0.pdf>. Acesso em: 2 Setembro 2015.

WATCH, H. R. *World Report 2015: Somalia. Human Rights Watch*, 2014. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2015/country-chapters/somalia>>. Acesso em: 21 Agosto 2015.

WATCH, H. R. *Venezuela: Concentração e abuso de poder no governo Chávez. Human Rights Watch*, 2012. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:1f8t2PJUXhkJ:https://www.hrw.org/node/247003+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 13 Dezembro 2015.

WATCH, H. R. *Relatório Mundial 2014: Venezuela. Human Rights Watch*, 2013. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/260009>>. Acesso em: 11 Dezembro 2015.

WATCH, H. R. *Relatório Mundial 2014: Brazil. Human Rights Watch*, 2013. Disponível em: <<https://www.hrw.org/world-report/2014/country-chapters/brazil>>. Acesso em: 11 Dezembro 2015.

Evolução Histórica dos Direitos Trabalhistas da Mulher: do Elogio à Dona de Casa à Mulher que Trabalha

Camila Ramos de Camargo
Jéssica Vieira Scholz
Rodolfo Garcia Teixeira
Renata Orsi Bulgueroni

Resumo

O presente artigo possui como escopo apresentar as dificuldades enfrentadas, e as vitórias alcançadas pelas mulheres nos séculos XIX e XX, responsáveis pelos primeiros passos rumo à emancipação – e demonstrar que, mesmo com todo o arcabouço jurídico brasileiro lhes garantindo igualdade formal, elas ainda vivem assoladas por um mundo de desigualdades. Demonstrará que todas as conquistas do feminino vieram influenciadas por inúmeros fatores, desde a luta à não discriminação, a necessidade de um novo sistema que ansiava por um contingente maior de mão de obra, até as grandes guerras que foram responsáveis por alçar as mulheres a graus de liberdade nunca antes vistos. Também analisará como tais transformações impactaram no século XXI, que se apresenta com novas dinâmicas e formatos sociais. Demonstrará novas formas de trabalho da mulher, desde profissões consideradas tipicamente masculinas e também o aparecimento de novas profissões como: *blogueiras*, *vlogueiras* e *youtubers*. Assim, o principal objetivo deste trabalho é retirar das mulheres o rótulo de fragilidade que lhes foi imposto, mostrando que são senhoras de seu destino.

Palavras chaves: Trabalho da mulher; Mercado de trabalho; Discriminação da mulher.

Abstract

This work intends to present the difficulties faced, and the victories achieved by women in the nineteenth and twentieth century, responsables for the first steps heads to emancipation - and even entire Brazilian legal framework guaranteeing them formal equality, they live still plagued by a world of inequality. Demonstrate that all female conquests came influenced by numerous factors, from the fight for non-discrimination, the need for a new system that longed for a larger contingent of manpower, even the great wars which accounted for lift women to degrees never seen before of freedom. It will also undertake to demonstrate how such changes impacted the twenty-first century, witch is presented with new dynamics and social formats. Demonstrate new ways of

working woman from professions considered masculine and also the emergence of new professions such as: bloggers, vloggers and youtubers. So one of the goals of this work is to remove the label of woman that have been imposed as fragile; showing the ladies of their destiny.

Keywords: *Women's work; Labor market; Discrimination against women.*

1. Introdução

A saga da mulher, bem como a evolução de direitos que afetam as relações de trabalho, não são temas novos, mas apresentam uma importância ímpar para a plena compreensão do objeto do presente artigo.

A mulher já passou por diversas mudanças de paradigma na sociedade, desde sua interpretação como seres que não conseguiriam administrar a si próprias, até seu reconhecimento como grupo que alcançou a tão batalhada emancipação do masculino.

Hoje, não há um único bastião masculino que não tenha sido adentrado pelo feminino. Não há dúvidas de que as mulheres, nos últimos anos, estão cada vez mais presentes em todas as áreas do mercado de trabalho. Este fenômeno mundial tem ocorrido tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento, e o Brasil não é exceção.

2. O século XIX: novas ordens e liberdades

O século XIX é visto como um período sombrio e agressivo para a mulher – mesmo que tenha representado uma nova forma de pensamento, trazendo não só o feminismo (responsável por grandes alterações estruturais, como o trabalho assalariado, o direito à instrução, etc.), como também uma nova concepção do que era “ser mulher”.

Em um contexto histórico, o século XIX se inicia e se fecha por dois acontecimentos de extrema importância para o entendimento da entrada do feminino no mercado de trabalho. Com efeito, uma revolução e uma guerra serão as grandes responsáveis por permitir uma maior atuação da mulher em áreas nunca antes exploradas; para Fraise e Perrot, *“pelo que diz respeito às mulheres poderá, no entanto, notar-se que uma revolução, tal como uma guerra, pode chamá-las a executar determinadas tarefas, sabendo porém, de seguida, dispensá-las, com maior ou menor rapidez.”* (FRAISE; PERROT; 1991, p. 9)

A revolução industrial – em conjunto com a estruturação social do espaço democrático – revelou-se como um novo paradigma, em que a noção de “indivíduo” passa a ser privilegiada. Esse novo panorama, embora ainda carregado de violência contra o

sexo feminino, permite que as mulheres comecem a romper com a dependência econômica que, tradicionalmente, as prendia ao pai e ao marido. Trata-se de período, assim, em que ocorre nítida emancipação do feminino, especialmente no mercado de trabalho.

Entretanto, referida emancipação é relativa, na medida em que vinha acompanhada de uma exploração desmedida por parte da sociedade, representando um verdadeiro ambiente de exclusão. De fato, *“o trabalho das operárias era monótono e repetitivo, vigiadas por capatazes e exploradas a nível salarial, chegando a receber um terço do salário de um homem para executar o mesmo tipo de trabalho.”* (MONTEIRO, 2012).

É mediante a revolução industrial que a exploração do trabalho feminino começa de fato, e atinge seu ápice. Era um trabalho mais barato e extremamente eficiente, uma vez que as mulheres eram vistas como “trabalhadores incompletos”; e, por não apresentarem a mesma eficiência que o trabalho do homem, poderiam receber menos. Na época, *“[...] era usual a utilização das chamadas “meias-forças”, ou seja, trabalho do menor, trabalho da mulher, cuja remuneração ainda era inferior a do trabalho maior, do sexo masculino.”* (SOUZA; 2008, p. 6).

A vulnerabilidade feminina começa a se tornar um discurso de segregação. Defendia-se que, por seu corpo ser mais frágil do que o masculino, não deveriam ser obrigadas a longas jornadas; ademais, chegava-se a se argumentar que *“[...] o trabalho ‘pervertia’ os seus órgãos reprodutores, tornando-as incapazes de dar à luz e de criar bebês saudáveis”, bem como que “o emprego distraía-as de suas tarefas doméstica; [...]”*. (FRAISE; PERROT; 1991, p. 468 e 469).

Por mais que ambos os sexos já tivessem trabalhado por longas horas em séculos passados, a episteme sobre o tema orbitava ao redor das necessidades fabris. Assim, os legisladores sempre estavam a receber investidas de vários círculos eleitorais, o que respaldava alterações legais, muitas vezes desmedidas, somente para atender às necessidades de grupos diferentes.

E não só isso: havia também uma grande investida por parte dos sindicatos, que consagravam um “elogio à dona de casa”. Os sindicalistas, em sua maioria, buscavam a proteção dos interesses masculinos, engessando as mulheres ao lar. Concordavam com as diferenciações salariais e as tratavam como “inimigas”, que estavam em busca de retirar o trabalho do homem. A ideia de que o porte físico feminino determinava sua característica não como uma trabalhadora, mas como uma mãe ou dona de casa, imperava.

Diante disso, os próprios sindicatos uniram-se ao discurso dominante, e propagaram a ideia da mulher como trabalhador débil. A elas, como regra, não era permitida a filiação sindical; os poucos sindicatos que as aceitavam *“[...] chegaram a pedir autorização masculina (pai ou marido) para que pudessem fazer uso da palavra.”*

(FRAISE; PERROT; 1991, p. 468 e 469). Não por outra razão, sabe-se que, até hoje, as taxas de sindicalização entre as mulheres são extremamente reduzidas.

Assim, é no século XIX que o debate sobre emprego, legislação protetora e políticas sindicais das mulheres começa a ganhar força. Mediante tão complexa teia de acontecimentos, surgem as primeiras normas de proteção ao trabalho da mulher – as quais, porém, não possuíam o intuito de solucionar a situação degradante à qual estavam expostas, mas somente remediar problemas mais imediatos envolvendo a mulher trabalhadora. Com isso, a legislação aprovada era extremamente vaga, limitando a atuação feminina em diversas áreas e protegendo o trabalho masculino.

Tal legislação, que deveria possuir caráter de proteção, representou um verdadeiro marco de exclusão feminina, vez que continha proibições relacionadas ao ambiente fabril e aqueles ofícios predominantemente ocupados pelo masculino. Tais medidas acabam por ensejar o deslocamento das mulheres para setores não regulamentados, acentuando sua concentração em indústrias menos desenvolvidas; “[...] em resumo, uma legislação laboral sexualmente específica sancionou e reforçou a efetuação das mulheres a mercados laborais secundários, de salários mais baixos.” (STWART; 1989, p. 14)

Nesse período de turbulências, surge a denominada doutrina “das esferas separadas”, a qual separa homens e mulheres por suas características “naturais”, impondo determinadas áreas de atuação para cada um dos sexos. Trata-se de diferenciar os gêneros não apenas pela força física, mas também por suas faculdades intelectuais. Nas palavras de Kathryn Hughes:

“Women were considered physically weaker yet morally superior to men, which meant they were best suited to the domestic sphere. Not only was it their job to counterbalance the moral taint of the public sphere in which their husbands labored all day, they were also preparing the next generation to carry on this way of life.” (HUGHES)

Nesse contexto, expressões como “deficiente”, “frágil”, “incapaz”, “inferior”, entre outras, “*não são o produto de um delírio individual, mas de uma ratio masculina estruturante de uma antropologia e de uma cultura que concebe a mulher como um ser inacabado e imperfeito, naturalmente inferior ao homem (...)*” (LOPES, 2010).

Por outro lado, o século XIX também é marcado por uma forte investida do feminino no que tange ao individual e ao coletivo, principalmente para subverter o uso dos espaços e dos papéis definidos. É com estas ações que o imaginário da época ferverá de

1 – “As mulheres eram consideradas fisicamente mais fracas mas moralmente superiores aos homens, o que signi-fica que elas seriam mais adaptadas à esfera doméstica. Não apenas eram responsáveis por contrabalancear a moral pública em que seus maridos trabalharam o dia todo, como também estavam preparando a próxima geração para manter esse modo de vida”. – tradução livre.

discussões, afetando diversos ramos da sociedade. Contudo, as divergências estavam tão intrínsecas aos sexos que o “Novo Homem” fará uma frente de resistência à “Nova Mulher” em todas as searas. A mulher “[...] *transforma-se em esposa agreste, mãe castradora, amante asfixiante, maria-rapaz independente, mulher insolente, insatisfeita, mulher-polvo encarnada pela medusa do Modern Style.*” (FRAISE; PERROT; 1991, p. 500).

Ocorre uma crise do masculino, intensamente vivida por um grupo de homens que encontram, pela primeira vez, sua dominação e poder abalados por sua próprias incertezas de como proceder diante de um conjunto de mudanças tão drásticas. Por outro lado, as mulheres, mesmo confinadas em áreas específicas, souberam apoderar-se desses espaços em que exerciam influência para alcançar o poder dentro deles. Em seguida, começaram uma árdua jornada em direção à conquista de locais em que eram proibidas, ou seja, buscavam firmar-se finalmente em todas as partes.

3. As mulheres e suas conquistas no mercado de trabalho no século XX

A despeito de certa emancipação feminina ocorrida no século XIX, a desigualdade de gênero ainda é manifesta. Com o passar dos tempos, a visão da humanidade com relação à mulher não mudava muito. A cada ano, século e milênio, o preconceito vinha tomando espaço e fazendo parte do cotidiano. Para Cardoso, até mesmo a Igreja imputa à mulher em situação de desvantagem social, uma vez que *“a religião sempre defendia a tese da existência de diferenças inatas entre os dois sexos, diferenças essas que deixavam a mulher sempre em situação de inferioridade com relação ao homem”* (CARDOSO, 1980, p.41).

Assim, há tempos, a mulher sofre com a discriminação e a impossibilidade de atuar, de forma plena, no cenário profissional. Entretanto, sua luta na busca de um espaço no ambiente laboral tem sido muito grande e marcada por uma série de acontecimentos que mudaram as concepções da sociedade e derrubaram preconceitos.

No decorrer das últimas décadas, ocorreram importantes mudanças com relação à igualdade de gênero. Houve uma ascensão da atividade profissional das mulheres, especialmente para ocupar posições que, antigamente, eram voltadas exclusivamente para os homens.

Foi exatamente no período após a I Grande Guerra que tanto o setor terciário, quanto os profissionais liberais, passaram a empregar mulheres. No mesmo momento histórico, ocorre a abertura de cursos que possibilitaram à mulher acesso às universidades, algo não permitido anteriormente. Conforme sugere Betiol, é inegável que a guerra trouxe experiências significativas em matéria de emancipação do feminino, mostrando,

inclusive, que a mulher era capaz de manusear instrumentos e técnicas que desconhecia, destruindo as barreiras entre trabalhos masculinos e femininos” (BETIOL, 2000, p.3).

Nessa época, estabeleceu-se um novo ciclo histórico nas sociedades democráticas: a mulher no mercado de trabalho.

Já se demonstrou que, anteriormente, as mulheres viviam “presas” em suas residências, vivendo em função dos filhos, do marido e da família. Seus sonhos eram frustrados pelo pensamento machista, culturalmente dominante, o qual as sufocava e impedia que demonstrassem suas habilidades, aptidões e utilidades. Ainda assim, muitas mulheres passaram a perseguir sua “independência”, a buscar o sustento da casa trabalhando fora, ajudando seus maridos na parte financeira e almejando melhorias de vida.

Qualquer mudança cultural é, por certo, árdua e maçante. Por isso, as mulheres que se uniram e saíram a luta de sua independência tiveram de resistir, sobretudo, às inúmeras críticas da sociedade da época. Entretanto, aos poucos, passam a conquistar cargos como de professoras, enfermeiras e secretárias – sobretudo em razão da falta de mão-de-obra, já que os homens começam a ser deslocados para as frentes de guerra. No entender de Probst, as guerras exigem que as mulheres assumam a posição dos homens no mercado de trabalho; posição que será consumada com a consolidação do sistema capitalista do século XX (PROBST, 2007, p. 19).

Ainda sobre os primeiros registros da entrada da mulher no mercado de trabalho, leciona Falcão que:

“Isso começou a acontecer de fato com a I e II Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945, respectivamente), quando os homens iam para as frentes de batalha e as mulheres passavam a assumir os negócios da família e a posição dos homens no mercado de trabalho. Mas a guerra acabou. E com ela a vida de muitos homens que lutaram pelo país. Alguns dos que sobreviveram ao conflito foram mutilados e impossibilitados de voltar ao trabalho. Foi nesse momento que as mulheres sentiram-se na obrigação de deixar a casa e os filhos para levar adiante os projetos e o trabalho que eram realizados pelos seus maridos.” (FALCÃO, 2001)

Inserida de fato no mercado de trabalho, surge a necessidade de se conferir tutela à prestação de serviços pela mulher – e não aquela proteção débil da Revolução Industrial (coincidente com a caracterização da mulher como “meia-força” dócil), mas sim efetiva regulamentação de direitos, especialmente com intuito de equiparação entre os gêneros. Nessa fase, é inegável a influência da ação internacional, principalmente da OIT (Organização Internacional do Trabalho), no desenvolvimento da legislação trabalhista (BARROS, 1995, p.855).

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis: tutelar e anti-discriminatório. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções distintas: de um lado, a disciplina dirige-se à proteção da mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, proibindo-lhe, por exemplo, o exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas, bem como de trabalho noturno nas indústrias (Convenções n.4, 41 e 89 da OIT). Já o perfil anti-discriminatório, que surge posteriormente, é voltado à eliminação das diferenças entre homens e mulheres, evidenciado pelas Convenções nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão e nº 156. Ainda, na mesma linha, a ONU possui Convenção sobre “Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher”, de 1979, promulgada pelo Brasil em 13/09/2002.

No Brasil, graças ao avanço e crescimento da industrialização, ocorreu a transformação da estrutura produtiva, o contínuo processo de urbanização e a redução das taxas de fecundidade nas famílias, proporcionando cada vez mais significativa inclusão das mulheres no mercado de trabalho.

Edgar Morin, ao discorrer sobre a compreensão humana, afirma que o grande empecilho para a plena compreensão do outro é sua diminuição (MORIN, 2000). As mulheres foram por muito tempo tidas como biologicamente inferiores e, até mesmo, menos inteligentes do que os homens. Essa diminuição, por certo, contribuiu para o difícil acesso das mulheres ao ensino superior. E, como se sabe, independente do gênero, sempre detém mais chances no mercado de trabalho aquele que estuda e aprimora seus conhecimentos constantemente.

Assim, na doutrina nacional, há um consenso de que o fator primordial para a “feminilização” do mercado de trabalho foi o aumento do nível de escolaridade das mulheres brasileiras nos últimos anos. Este fator também tem levado à queda das taxas de fecundidade, devido à adoção de métodos anticonceptivos. Desse modo, “mulheres mais instruídas acabam tendo menor número de filhos, o que as torna mais disponíveis para a atividade econômica.” (BRUSCHINI; LOMBARDI, 1996 *apud* MAIA; LIRA)

Com efeito, o ensino universitário para as mulheres foi por um bom tempo reconhecido, apenas, nos Estados Unidos. Na Europa, tal reconhecimento foi tardio – e não foram as grandes e tradicionais universidades as primeiras a incluir as mulheres no ensino universitário. Oxford e Cambridge, por exemplo, só abriram suas portas para as mulheres já no século XX (MARIAS, 1981, p. 56)

No Brasil, o alcance do ensino superior pelas mulheres só teve início no final do século XIX. As mulheres só foram autorizadas a frequentarem um curso superior no ano de 1879, e a Faculdade de Medicina da Bahia foi a primeira a aceitar uma mulher em seus quadros, no ano de 1887 (BLAY E CONCEIÇÃO, 1991). Porém, somente com a grande

expansão do ensino universitário na década de 1970 é que as mulheres realmente começam a ingressar, de forma expressiva, em cursos de nível superior.

A mudança de valores culturais decorrentes dos movimentos políticos e sociais da década de 1960 e 1970 teve como consequência a maior escolarização das mulheres, inclusive nas carreiras universitárias. A estagnação econômica sofrida pelo país na década de 1980 fez aumentar as desigualdades socioeconômicas e a pobreza, e repercutiu na estrutura setorial e nas posições de ocupação do mercado de trabalho, diminuindo a produção de bens e aumentando a de comércio e prestação de serviços. Nesse contexto de mudanças na estrutura do emprego, houve aumento da participação da mulher na atividade econômica – o que vinha acontecendo desde a década de 1970, graças a mudanças políticas, sociais e culturais desencadeadas no mundo. Para sua inserção no mercado de trabalho, as mulheres dependem de fatores de ordem familiar que muitas vezes limitam a sua maior expansão (LEONE, 1997).

No Brasil, as estatísticas apontam que há mais mulheres do que homens. Mostram também que elas vêm conseguindo empregos com maior facilidade, e que seus rendimentos crescem a um ritmo mais acelerado do que para os homens. Mesmo com todas estas evoluções da mulher no mercado de trabalho, porém, elas ainda não se encontram em condição de total desigualdade em relação aos homens, pois, além de preconceito e discriminação, ainda há grande desigualdade salarial entre homens e mulheres (PROBST, 2007, p.1).

Hoje em dia, é difícil encontrar postos de trabalho que não tenham sido invadidos pelas mulheres. Elas são sensíveis, persistentes, criativas e, ainda por cima, enfrentam dupla jornada de trabalho: a maioria das mulheres, quando chega em sua casa, ainda precisa cuidar dos afazeres domésticos.

Contudo, ainda não foram superadas as recorrentes dificuldades encontradas pelas trabalhadoras no acesso a cargos de chefia e de equiparação salarial com homens. Os salários das mulheres brasileiras são, aproximadamente, 25% menores do que os dos homens, para a mesma jornada de trabalho e com o mesmo nível educacional.

Ademais, mesmo nos dias atuais, é manifesta a concentração de mulheres em profissões consideradas tradicionalmente femininas, como professora, cabeleireira, manicure, funcionária pública ou profissionais de serviços de saúde. E, infelizmente, o contingente das mulheres trabalhadoras mais expressivo está concentrado no serviço doméstico remunerado; no geral, são mulheres negras, com baixo nível de escolaridade e com os menores rendimentos na sociedade brasileira.

De qualquer maneira, as mulheres de hoje são mais educadas do que foram há trinta anos, e já conseguem, inclusive, ultrapassar os homens com relação à aquisição

de um diploma universitário. Nos últimos 15 anos, entraram no mercado de trabalho brasileiro mais de 12 milhões de mulheres: em 1998, a proporção de mulheres ocupadas era de 42%. Na década de 60, era de apenas 23%.

Aliás, na mesma década de 60, as mulheres que trabalhavam fora de casa, em sua maioria, eram jovens, solteiras e sem filhos. Hoje são mulheres mais velhas, casadas e mães. Nos dias atuais, mais de 30 milhões de mulheres trabalham fora de casa no Brasil. Cerca de 50% estão no comércio, serviços e administração; 22% estão na agricultura; 16% na área social; 9% na indústria; 3% em outros setores.

A década de 1990 marcou, para as mulheres, o fortalecimento de sua participação no mercado de trabalho e o aumento de sua responsabilidade no comando das famílias. A mulher – que, como dito anteriormente, representa a maior parcela da população – viu aumentar seu poder aquisitivo, seu nível de escolaridade e conseguiu reduzir a defasagem de atuação laboral que existia em relação aos homens.

Em síntese: no século XX, as mulheres arregaçaram as mangas e foram à luta. Buscaram gradativamente, dia após dia, seus direitos; alcançaram, em um meio tradicionalmente masculino, seu espaço; estudaram muito para chegar a cargos jamais antes lhe ofertados; e como visto a seguir, no século XXI ainda lutam, buscando insistentemente seu reconhecimento e igualdade social ainda sufocados.

4. Conclusões: século XXI e o futuro da mulher que trabalha

“Porque quem tem sede de sucesso continua na luta”. Vulgarmente e resumidamente, essa seria a frase perfeita para calçar e definir a inserção da mulher no mercado de trabalho no século XXI.

Como evidenciado anteriormente, durante um longo período da história da humanidade, a dominação das mulheres pelos homens pautou-se em dogma construído por uma cultura rasa: de que a mulher era obrigada a obedecer e a se conformar com a realidade de ser uma mera “propriedade”. É evidente que, durante a evolução da sociedade ocidental, nunca ocorreu conformismo, por parte das mulheres, com essa situação de subordinação; porém, pela falta de oportunidade, essas não conseguiam se expressar. Assim, quando puderam fazer das suas vozes um grito de socorro, não se calaram mais.

Pesquisas recentes comprovam um fenômeno que, alguns anos atrás, seria considerado verdadeira afronta à honra masculina: no século XXI, verifica-se crescimento exponencial do número de mulheres em postos diretivos de empresas, já que a força física (antes tão elogiável no homem) hoje é substituída por outros valores, como capacidade gerencial, inteligência emocional, etc. Ademais, as mulheres – ainda que de

forma tímida – passam a ocupar funções antes relegadas exclusivamente ao trabalhador masculino (como bombeiros, aeronautas, etc.), bem como a atuar como empreendedoras, especialmente valendo-se de novas tecnologias, como a Internet. Quantos são, assim, os *blogs*, *vlogs*, perfis no *Twitter*, etc., em que mulheres abordam assuntos típicos do universo feminino, como maquiagem, moda e estilo, comportamento? Quantas mulheres, de outra parte, iniciam negócios próprios, especialmente nas áreas têxtil, de alimentação, artesanato, entre outros – sobretudo impulsionadas por características como “*objetividade, perseverança, estilo cooperativo, disposição de trabalhar em equipe e de dividir decisões e uso de intuição na análise e solução de problemas*”? (GOMES, 2005)

Porém, por óbvio, a mulher emancipada, empreendedora e ocupante de altos cargos não é o único modelo hoje existente. Muitas mulheres, em pleno século XXI, ainda não conquistaram sua independência, sobretudo diante de diversos problemas que enfrentam em suas comunidades e territórios, sob o peso das desigualdades, da violência, dos tratamentos desumanos, do sentimento de inferioridade em relação ao homem. Também é comum atribuir-se a dificuldade de plena emancipação da mulher ao discurso capitalista do século XXI: referido discurso, com efeito, tem destaque na competição, priorizando iniciativas isoladas em detrimento do interesse grupal – e, como já salientado, a mulher tem por característica inerente a sua natureza a valorização do trabalho em equipe e da co-participação.

De qualquer maneira, parafraseando Drummond de Andrade, é possível afirmar que as mulheres do início do século XXI estão taciturnas, mas nutrem grandes esperanças.

O século XXI comprova a ascensão significativa da mulher bem-sucedida em diversas áreas de atuação – e não apenas no mercado de trabalho. Cada vez mais, mulheres independentes, dotadas de ampla voz ativa, tomam decisões importantes e assumem responsabilidades grandiosas.

Por óbvio, a esse respeito, é impossível deixar de mencionar o exemplo da atual presidente do Brasil, Dilma Rousseff. A despeito de quaisquer convicções partidárias e ideológicas, é preciso reconhecer o imensurável avanço social para a igualdade de gêneros ocasionado pela eleição e reeleição de uma mulher para governar território extremamente vasto, como o brasileiro. No âmbito jurídico, ademais, não se pode deixar de reconhecer o crescimento das mulheres, evidenciado – sobretudo, mas não apenas – pela ascensão da Min. Ellen Gracie Northfleet ao cargo de Presidente da maior Corte Brasileira, bem como pelas inúmeras aprovações de mulheres em concursos públicos, para ocupar cargos de Juízas, Promotoras, Procuradoras, Delegadas de Polícia, Defensoras Públicas, etc.

Segundo Teixeira, nos últimos cinquenta anos, o contínuo crescimento da participação feminina é explicado por uma combinação de fatores econômicos e

culturais: o avanço da industrialização transformou a estrutura produtiva, a continuidade do processo de urbanização e a queda das taxas de fecundidade, *“proporcionando um aumento das possibilidades das mulheres encontrarem postos de trabalho na sociedade”* (TEIXEIRA, 2005, p. 49).

Hoje as mulheres estão mais preocupadas com a sua formação profissional do que a maioria dos homens, e, por isso, acabam se destacando nas diversas searas da sociedade. Mesmo na família, houve mudanças significativas na contribuição da mulher: hoje, ela participa ativamente do orçamento familiar, reiterando sua independência econômica em relação a seu marido. Nas palavras de Castells, *“com as mulheres trazendo dinheiro para casa e, em muitos países, os homens vendo seus contracheques minguar, as divergências passaram a ser discutida sem chegar necessariamente à repressão patriarcal”*. (CASTELLS, 1999, p. 210)

Todavia, é preciso cuidado ao tratar do tema da inserção da mulher no mercado de trabalho. Com efeito, é comum que, ao se fazer referência à matéria, sejam desferidos ataques e ofensas desnecessárias ao sexo masculino, criando certo bloqueio e até mesmo discriminação negativa em favor da mulher – na contramão do que dispõe o artigo 5º, I, da Constituição Federal. Assim, a luta deve ser travada em conjunto pelos homens e pelas mulheres, a fim de se obter uma sociedade mais justa e vida digna a todos os cidadãos independente do sexo. Conforme bem ressalta Touraine,

“O que se vive na contemporaneidade não se trata de uma nova polarização: esta nova sociedade busca reconstruir a unidade de um mundo que ficou dilacerado entre um universo masculino definido como superior e um universo feminino, definido como inferior. As mulheres não buscam construir uma sociedade de mulheres, considerada mais doce e mais afetiva do que uma sociedade dos homens, julgada mais conquistadora e mais voluntariosa” (TOURAINÉ, 2007, p.117)

Em síntese, o reconhecimento do papel da mulher em todas as esferas da sociedade – em especial, no mercado de trabalho, e sempre com o devido respeito à classe masculina – é medida que se impõe. Admitir, em pleno século XXI, que ainda haja diferenças de tratamento às mulheres, na admissão, na dispensa e no curso da relação de emprego, não fere apenas preceitos constitucionais consolidados, mas, sobretudo, compromete aquilo que se pretende garantir com o Estado Democrático de Direito e com o função social das instituições jurídicas.

5. Referências Bibliográficas

ASSIS, Rosiane Hernandes. *A inserção da mulher no mercado de trabalho*. Disponível em http://www.convibra.com.br/2009/artigos/140_0.pdf, acesso em 28/06/2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Cidadania, relações de gênero e relações de trabalho*. Revista do TRT da 3ª Região, Belo Horizonte, jan/jun 2008.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Ed., São Paulo: LTr, 2013, pp. 854-932.

BETIOL, M.I.S. *Ser administradora é o feminino de ser administrador? In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM ADMINISTRAÇÃO*, 24., 2000, Florianópolis, Anpad.

BLAY, Eva Alterman e Conceição Rosana R. da. *A mulher como tema nas disciplinas da USP*. Cadernos de Pesquisa, n 76, fev. p. 50-56, 1991

BRUSCHINI, Cristina. LOMBARDI, Maria Rosa. *A Bi-Polaridade do Trabalho Feminino no Brasil: O Emprego Doméstico e as “Novas” Ocupações. Mulher e Ocupação 1999*.

CARDOSO, Irede. *Mulher e trabalho: discriminações e barreiras no mercado de trabalho*. São Paulo: Cortez Editora, 1980.

DUBY Genevière e PERROT Michellet. *A história das mulheres*, Volume 5: O século XX, Edição Afrontamento, 1991.

FALCÃO, Juliana. *Elas realmente não fogem à luta*. Disponível em http://carreiras.empregos.com.br/carreira/administracao/comportamento/090301-historico_mulher.shtm, acesso em: 28/06/2015.

GOMES, Almiraiva Ferraz. *O outro no trabalho: mulher e gestão*. In REGE - Revista de Gestão, v. 12, n. 3 (2005).

HUGHES, Kathryn. *Gender roles in the 19th century*. Disponível em <http://www.bl.uk/romantics-and-victorians/articles/gender-roles-in-the-19th-century>, acesso em 27/06/2015.

LIOIVETSKY, Gilles. *A terceira mulher. Permanência e revolução do feminino*. Editora: Companhia das Letras; Ano 2000; pg. 236.

LOPES, Marisa. *Para a história conceitual da discriminação da mulher*. In Cadernos de Filosofia Alemã / Crítica e Modernidade, n. 15 (2010).

MAIA, Katy; LIRA, Sachiko Araki. *A mulher no mercado de trabalho*. IPEA. Data de acesso: 28/06/2015

MARÍAS, Júlian. *A mulher no século XX*. Tradução de Diva Ribeiro de Toledo Piza – São Paulo: Convívio. 1981.

MONTEIRO, Henrique . *A emancipação da mulher no século XIX e primeira metade do século XX*. Disponível em <http://uniquedresscode.blogspot.com.br/2012/03/emancipacao-da-mulher-no-seculo-xix-e.html>, acesso em 27/06/2015.

MORIN, Edgar. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva, Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, DF: UNESCO, 2000.

PROBST, Elisiana Renata. *A evolução da mulher no mercado de trabalho*. Disponível em <<<http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>>> acesso dia 28/06/2015.

SCOTT, Joan W. *A mulher trabalhadora*. APUD FRAISE, Geneviève; Michelle PERROT; 1991, Editora Afrontamento. Porto.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de; CARNEIRO, Ricardo José das Mercês. Direito e processo do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6. APUD Itatiara Meurilly Santos Silva. *Princípio da igualdade e o trabalho da mulher*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6731, acesso em 27/06/2015.

STWART, Mary Lynn. *Women, Work and the French State: Labour Protection and Social Patriarchy, 1879-1919*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1989, p. 14. Apud. FRAISE, Geneviève; Michelle PERROT; 1991, Editora Afrontamento.

Greves: o que são e por que devemos aceitá-las?

Renata Orsi Bulgueroni

Resumo

O Direito do Trabalho hodierno é reflexo direto dos movimentos operários que, na Revolução Industrial, buscavam melhores condições de trabalho por meio da paralisação da prestação de serviços. Porém, a despeito de suas remotas origens, ainda pairam muitas dúvidas acerca do conceito jurídico de greve – as quais levam à banalização da expressão e ao descrédito da população sobre sua importância. Ademais, movimentos desorganizados, levados a cabo por sindicalistas mal-intencionados tendem a desmoralizar o fenômeno. A greve, porém, arvora-se como principal método de obtenção de melhores condições de vida ao empregado; por isso, é preciso delimitar suas características, seus sujeitos e seus objetivos, como única forma de reconhecer sua importância para a evolução do trabalho na sociedade.

Palavras-chave: Greve. Sindicatos. Movimentos sociais. Dimensões subjetiva e objetiva da greve. Direitos trabalhistas.

Abstract

Labor Law, nowadays, is directly reflected by the workers' movements of the Industrial Revolution, in which workers stop rendering their services in order to obtain better working conditions. However, despite its remote origins, many doubts remain regarding the legal concept of strikes – which lead to the trivialization of the expression and the public distrust about its importance. Moreover, disorganized movements, carried out by malicious union labors, tend to demoralize the phenomenon. Strikes, however, are the main method for the employee to obtain better living conditions; therefore, it is necessary to define its characteristics, its subject and its intentions, in order to demonstrate its importance to the progress of work in nowadays society.

Key words: Strike. Union Labors. Social movements. Strikes' subjective and objective dimensions. Labor rights.

1. Introdução

A greve, no ordenamento brasileiro, arvora-se como o principal meio de luta dos trabalhadores diante da recusa do empregador à negociação coletiva ou outras formas pacíficas de solução de conflitos. Consagrada constitucionalmente como direito dos trabalhadores no art. 9º da Carta Magna, encontra minuciosa regulamentação na Lei nº 7.783/89 – ao lado de expressa proibição ao *lock-out*, *i.e.*, da greve do empregador.

Se, em âmbito jurídico, a greve é plenamente tutelada por nossa legislação, do ponto de vista sociológico, ainda é vista com inúmeras ressalvas pela população brasileira. “Bagunça”, “coisa de quem não tem o que fazer”, “confusão” são expressões frequentemente atribuídas aos movimentos paredistas, acrescidas do adjetivo “vagabundos” aos trabalhadores que a eles aderem.

Tais qualificações, entretanto, nada demonstram senão profundo desconhecimento sobre os méritos e a importância da greve, os quais remontam ao próprio surgimento do Direito do Trabalho. Sem os movimentos operários dos séculos XVIII e XIX, com efeito, o trabalho ainda seria mercadoria, e a prestação de serviços mera espécie de locação, como propugnado pelo liberalismo econômico. O trabalhador sujeitar-se-ia aos arbítrios da classe economicamente dominante tal qual uma ovelha sujeita-se a seu pastor: obediente, apático e, embora pertencente a um grupo, sem qualquer consciência de classe que o permitisse superar as adversidades de seu ambiente laboral e social.

Atualmente, no Brasil, os direitos trabalhistas colocam-se na posição de direitos constitucionais fundamentais, tal qual a liberdade de expressão, a proteção à intimidade, o direito à igualdade, etc. Por seu turno, a negociação coletiva e a greve destacam-se como garantias de referidos direitos: asseguram a efetivação da tutela social dispensada pela Constituição, e, em última análise, a própria consagração do trabalho como um dos princípios fundamentais da República.

O presente estudo tem por objetivo aferir o porquê de grande parte da população brasileira ainda manter concepção equivocada sobre a greve, bem como propor visão alternativa acerca de um fato social que tem na desordem seu principal método de organização.

2. *Ab initio*: a necessária delimitação jurídica do conceito

Um dos motivos de descrédito das greves na sociedade brasileira é, certamente, a utilização indevida do termo “greve”, para designar movimentos sociais que não podem ser efetivamente enquadrados em seu conceito jurídico.

A greve, por certo, é fenômeno que interessa a diversas ciências sociais. A Sociologia ocupa-se de analisá-la enquanto fator de pressão de determinado grupo¹; a Economia buscar trazer estatísticas acerca de sua ocorrência²; a História examina sua importância nos diversos momentos da evolução social. Porém, o operador do Direito tem o dever metodológico de restringir sua análise ao viés jurídico, sob pena de comprometer a abrangência do instituto, e nele inserir fatos sociais alheios ao objeto da pesquisa³.

Juridicamente, em acepção um tanto quanto simplista, porém suficiente, pode-se conceituar a greve como paralisação **temporária, coletiva e pacífica** da prestação de serviços, deflagrada por trabalhadores que pretendem **obter melhores condições de trabalho ou forçar o empregador a cumprir a lei ou cláusula normativa**.⁴

Inicialmente, destaca-se o caráter **temporário** do movimento grevista. A greve implica mera suspensão dos efeitos da relação de emprego, evidenciada pela paralisação da prestação de serviços por parte dos trabalhadores, com a conseqüente desnecessidade de pagamento de salários pelo empregador. Não há cessação do contrato de trabalho, já que existe intenção de os trabalhadores retornarem ao emprego, uma vez atendidas suas reivindicações. E, considerando-se a consagração constitucional do instituto, é vedada a dispensa sem justa causa do grevista durante o movimento.

Ademais de temporária, a greve é **coletiva**; um trabalhador, sozinho, não faz greve, a não ser na teratológica situação em que seja o único empregado da empresa.⁵

Se a coletividade dos participantes é condição inexorável para a caracterização do movimento, entretanto, é preciso reconhecer que a greve é fenômeno complexo, e possui duas dimensões: uma de cunho coletivo, outra individual.⁶

Enquanto fenômeno coletivo, representa a paralisação concertada de diversos trabalhadores, membros de uma mesma categoria detentora de interesses comuns, sem que tal paralisação enseje responsabilidade criminal dos manifestantes. A aprovação em

1 – Norberto Bobbio ressalta o caráter social da greve ao defini-la como um “fator de identidade”, *i.e.*, um elemento que permite ao grupo de trabalhadores se reconhecer como classe em oposição a uma outra (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfrancesco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p. 561).

2 – No Brasil, o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos) tem desenvolvido importantes estudos acerca das greves, especialmente sobre setores atingidos, matérias das reivindicações, etc. O último estudo é do ano de 2012, e encontra-se no link <http://www.dieese.org.br/balancodasgreves/2012/estPesq66balancogreves2012.pdf>

3 – A respeito do tema, recomenda-se a leitura de NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2011, p. 568 e ss.

4 – Conceito inspirado no art. 2º da Lei nº 7.783/89, segundo o qual “*considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador*”.

5 – Segundo Pedro Romano Martinez, em se tratando de efetivo direito, “não é o facto de se trabalhar isoladamente que pode constituir obstáculo ao exercício do direito de greve” (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Almedina: Coimbra, 2010, p. 1283).

6 – As dimensões da greve são estudadas sobretudo pela doutrina portuguesa, destacando-se a obra de FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 14ª ed. Almedina: Coimbra, 2009, pp. 890-891. No Brasil, recomenda-se a leitura de MALLETT, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve*. LTr, São Paulo, 2013, pp. 33-39.

assembleia, indispensável para a legalidade do movimento⁷, é quem lhe confere dimensão coletiva, pois demonstra a vontade dos trabalhadores enquanto classe social organizada.

Porém, uma vez aprovada a greve, cabe a cada trabalhador determinar seu grau de participação no movimento. Se aderir à greve, o empregado paralisa a prestação de serviços e tem seu contrato de trabalho suspenso; se não aderir, continua trabalhando normalmente, sem qualquer alteração contratual. Em outras palavras, à deliberação coletiva do movimento segue-se a vontade de cada trabalhador de a ele aderir ou não⁸, evidenciando dimensão individual do fenômeno.

Como forma de preservar a vontade individual do trabalhador, a legislação proíbe a obstrução da entrada da empresa durante a greve (os denominados “piquetes não pacíficos”)⁹. Reconhece-se que, assim como a greve, o direito de trabalhar é assegurado constitucionalmente (art. 5º, XIII, e art. 6º, CF/88)¹⁰, não se justificando sua mitigação mesmo diante do interesse coletivo da categoria.

Daqui, decorre outra característica da greve: trata-se de movimento **pacífico**, durante o qual devem ser assegurados direitos aos grevistas, ao empregador, aos trabalhadores não aderentes e à própria sociedade.

Aos grevistas, garantem-se direitos relacionados à liberdade de arrecadação de fundos, à divulgação do movimento, à arregimentação de trabalhadores, etc.¹¹ Ademais, assegura-se que, durante as greves, os trabalhadores que a ela aderirem não poderão ser substituídos pelo empregador, nem dispensados sem justa causa.¹²

A proibição de dispensa durante a greve é ínsita a sua consagração constitucional como direito do trabalhador, bem como decorre da natural impossibilidade de rescindir-se o contrato de trabalho durante a suspensão (ou interrupção). De qualquer maneira, entende-se que a dispensa proibida ao empregador é somente aquela imotivada: se constatada uma das hipóteses legais de justa causa, a rescisão torna-se perfeitamente

7 – No Brasil, prevista pelo art. 4º, Lei 7.783/89.

8 – Como bem ressalta Estêvão Mallet, “*diversamente do que ocorre, por exemplo, no plano da negociação coletiva, em que a deliberação da maioria vincula desde logo toda a categoria ou todo o grupo de empregados (...), no caso da greve não existe esse efeito. A aprovação coletiva da greve não obriga os empregados a deixar o trabalho. Cria-lhes a faculdade de fazê-lo, tão somente*” (MALLETT, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., p. 34).

9 – No Brasil, v. art. 6º, §3º, Lei nº 7.783/89. Em Portugal, a proibição aos piquetes não pacíficos, embora não prevista expressamente em lei, é reconhecida pela jurisprudência (cf. acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, n. 0072414, de 06.11.1991 e n. 00118743, de 23.01.2002).

10 – O que inspira, aliás, as indenizações por dano moral concedidas pela Justiça do Trabalho a empregados que são colocados “na geladeira” por seus empregadores, *i.e.*, deixados sem função na empresa (“*INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. DIMINUIÇÃO DAS TAREFAS DA EMPREGADA. O procedimento de diminuir as tarefas da empregada, a ponto de deixá-la sem nada para fazer na maior parte do dia, obrigando sua permanência no local trabalho, atenta à dignidade da pessoa humana da trabalhadora, exposta à situação vexatória e humilhante (...)*” - TRT-4 - RO: 00009389620115040252 RS 0000938-96.2011.5.04.0252, Relator: ANA LUIZA HEINECK KRUSE, Data de Julgamento: 29/05/2013, 2ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha).

11 – No Brasil, tais direitos vêm previstos no art. 6º, Lei 7.783/89; em Portugal, destaca-se o art. 533º, do Código do Trabalho/2009; na Espanha, o art. 6º, n. 6, do Real Decreto-Ley 17/1977.

12 – Cf. art. 7º, Lei nº 7.783/89.

lícita. Porém, por óbvio, é preciso cautela na configuração do ato faltoso, sob pena de se caracterizar como justa causa um ato inerente ao próprio exercício do direito de greve.¹³

Ao empregador, assegura-se que o movimento não implique depredação de seus bens, nem perturbação excessiva de suas atividades. Assim, por exemplo, permite-se que haja contratação de substitutos quando houver risco de prejuízo irreparável em virtude das paralisações, ou quando for mantida a greve mesmo após o atendimento das reivindicações, em violação da chamada “cláusula de paz social”.¹⁴ Ademais, o empregador tem direito de receber aviso prévio, por parte dos grevistas, quando estes deliberarem sobre a paralisação.¹⁵ Conforme bem ressalta Bernardo da Gama Lobo Xavier, longe de representar mera formalidade, o aviso prévio de greve tem função intimidativa (*i.e.*, forçar a negociação para evitar o movimento) e representa o princípio de boa-fé no exercício dos direitos, pois “a existência de um período de aviso prévio permite [à empresa] tomar um conjunto de medidas no sentido de limitar os danos”.¹⁶

Quanto aos não grevistas, o principal direito assegurado é o da abstenção, já analisado: uma vez deflagrado o movimento, mantém sua liberdade de a ele aderir ou não, sem que isso implique represália por parte do sindicato ou dos trabalhadores aderentes.

Finalmente, também há direitos assegurados à sociedade durante o exercício da greve, entre os quais se destacam a obrigação de aviso prévio e de manutenção de serviços mínimos em determinadas atividades.¹⁷

Ao contrário do que se usualmente se crê, o aviso prévio do movimento paredista não objetiva, apenas, permitir que o empregador se organize em relação à paralisação que está por vir. A sociedade também se beneficia de referido aviso, na medida em que também ela precisa se organizar para os efeitos da greve, sobretudo – mas não apenas – quando esta envolve atividades essenciais. E, especificamente nas greves de atividades essenciais, garante-se a manutenção de um mínimo de serviços, indispensável ao “atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.¹⁸

13 – Por exemplo, não pode ser caracterizada como justa causa a utilização de carros de som na porta da empresa, ou a tentativa de persuasão de colegas a aderirem ao movimento, mediante entrega de panfletos e conversas na entrada do estabelecimento. Ao contrário, se houver, por exemplo, agressão física por parte dos grevistas a outros trabalhadores ou ao próprio empregador, estar-se-á diante das hipóteses do art. 482, alíneas *j* e *k*, da CLT.

14 – Cf. arts. 7º, par. un., 9º e 14 da Lei nº 7783/89.

15 – Cf. art. 3º, par. un., e art. 13, Lei nº 7.783/89.

16 – XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Verbo: Lisboa, 2011, pp. 157-158.

17 – A greve também pode vir a afetar relações do empregador com terceiros, como fornecedores e clientes. Assim, por exemplo, em relação aos clientes, surge a questão sobre como resolver o inadimplemento de contratos, em decorrência da greve: haveria situação de mora não culposa, em virtude de impossibilidade de cumprimento não imputável ao devedor? Ou, ao contrário, o empregador torna-se responsável pelo inadimplemento, pois assume os riscos da atividade empresarial (entre eles, aqueles decorrentes da greve)? Em Portugal, a doutrina debruça-se com esmero sobre o tema, normalmente aplicando a teoria do risco empresarial: considerando-se que a greve poderia ser evitada pelo empregador, não é possível a este escusar-se de sua responsabilidade perante terceiros (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., pp. 1335-1336).

18 – Em expressão do art. 11 da Lei nº 7.783/89. O rol das atividades essenciais vem previsto no art. 10 da mesma lei. A despeito de ser praxe, entre os ordenamentos jurídicos, a previsão legal das atividades consideradas essenciais, entende a doutrina, que o elenco é meramente exemplificativo (cf. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 163; MARTINEZ,

Chega-se, agora, ao ponto mais importante do conceito de greve: trata-se de movimento deflagrado por **trabalhadores**, com a finalidade de **obter melhores condições de trabalho ou forçar o empregador a cumprir a lei ou cláusula normativa**. Ou seja: a greve, em sua acepção jurídica, necessariamente se relaciona a reivindicações trabalhistas, *i.e.*, abusos praticados pelo empregador no curso do contrato de trabalho, afastando-se de seu escopo quaisquer outros objetivos (de ordem política, sociológica, econômica, etc.).

A esse respeito, recorde-se que o termo “greve” advém da expressão francesa “*Place de Grève*”, praça localizada em Paris onde operários costumavam reunir-se, à espera de trabalho. Com o tempo, estar naquela praça passou a significar estar sem trabalhar e, portanto, estar **em greve**.¹⁹

Durante a Revolução Industrial, a concentração das massas proletárias no ambiente das grandes indústrias e a influência das ideias socialistas permitiram que os trabalhadores se organizassem contra a aplicação desenfreada dos dogmas liberais, a qual com nada contribuía senão com a degradação do trabalho humano e miséria. Surgem, assim, os primeiros movimentos em busca por melhores condições de trabalho e de combate da exploração do proletariado pelo patronato.

Diante desse arcabouço histórico, hoje, os ordenamentos jurídicos expressamente associam a greve a reivindicações de cunho exclusivamente trabalhista.

No Brasil, a Lei nº 7.783/89 deixa claro o objetivo da greve ao conceituá-la como direito de os trabalhadores paralisarem a prestação de serviços, no intuito de obterem melhores condições de trabalho ou forçarem o empregador a cumprir normas legais ou convencionais (arts. 1º, 2º e 14). Em Portugal, o art. 57º da Constituição dispõe que compete aos “trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da greve”, salientando a doutrina que apenas pode ser considerada greve, em sentido jurídico, a paralisação relacionada a interesses laborais.²⁰ O mesmo ocorre na Espanha, com a previsão do art. 28.2 da Constituição e do *RDLRT-Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo*, cujo art. 11 expressamente considera ilegais as greves políticas e de solidariedade.²¹

Em suma, greve é concertação social engendrada por **trabalhadores**, com o único e último objetivo de obter melhorias **trabalhistas**, por parte de seu **empregador**. Não por outra razão, é objeto do **Direito do Trabalho**, e não de nenhum outro ramo da

Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 1326; MALLETT, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., p. 96).
19 – Cf. VIANA, Márcio Tulio. *Conflitos coletivos do trabalho*. In Rev. TST, Brasília, vol. 66, no 1, jan/mar 2000, p. 124. O mesmo autor explica que “em Espanha, *huelga* tem a mesma raiz de *huelgo*, que significa tomar fôlego, respirar. Já em Inglês - decerto refletindo o espírito da época - a greve passou a ser chamada de *strike* - sinônimo de ataque, assalto, agressão” (VIANA, Márcio Tulio. *Conflitos coletivos do trabalho...*, Op. Cit., p. 124).

20 – MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., pp. 1283-1284.

21 – Em doutrina, o mesmo entendimento é encontrado em GARCÍA NINET, José Ignacio. *La Huelga*. In GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.) e García Viña, Jordi (coord.). *Manual de derecho sindical*. 3ª edição. Barcelona, Atelier, 2011, p. 443.

ciência jurídica²², e tem como mérito a promoção de **desenvolvimento social** da ainda hipossuficiente classe trabalhadora.

Porém, tal como certos personagens históricos religiosos, o instituto vê seu nome ser, frequentemente, utilizado em vão – o que lhe causa repúdio e desconfiança por parte da própria sociedade cujo desenvolvimento este visa a promover.

3. O uso indevido (e desmedido) do termo “greve”

Como visto, a greve é um direito de titularidade do trabalhador.

No atual cenário de modificações das relações trabalhistas, em que alguns chegam até mesmo a proclamar o fim do trabalho humano²³, é certamente difícil conceituar a expressão “trabalhador”. Se, no período da Revolução Industrial, esta era associada à figura do “operário padrão” – ou seja, empregado com contrato por prazo indeterminado e jornada completa, horário pré-estabelecido, que realiza atividade fungível e está “inserido numa comunidade organizacional, onde estabelece relações quase familiares com os colegas e superiores hierárquicos, numa perspectiva de perenidade”²⁴ –, hoje indica uma multiplicidade de relações, que vão desde o empregado comum ao trabalhador autônomo, passando pelo eventual, avulso, voluntário, rural, doméstico, parassubordinado, teletrabalhador, terceirizado, temporário, ocupante de cargo de confiança, etc.

De qualquer maneira, no Brasil, a dimensão subjetiva do direito constitucional de greve é deveras ampla. Abrange não apenas o empregado típico, mas também o servidor público (celetista ou estatutário, excluído o militar); o empregado com contrato a prazo (incluído o contrato de experiência); o terceirizado (incluído o temporário); o rural; o menor; o aprendiz; o ocupante de cargo de confiança; etc.²⁵ Apenas restam excluídos de tal direito, por óbvio, aqueles trabalhadores que não têm vínculo de emprego, como o eventual e o autônomo – até mesmo pela dificuldade em determinar o tomador de serviços que será alvo das reivindicações.²⁶

22 – Aliás, mesmo a greve do servidor público é afeta a esse ramo do Direito, e não ao Direito Administrativo. Foi o que entendeu Supremo Tribunal Federal, ao determinar a aplicação da Lei nº 7.783/89 também às greves dos servidores públicos (inclusive estatutários), enquanto inexistir legislação específica (Mandado de Injunção nº 670, Relator: Maurício Corrêa, Julgamento: 25/10/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Inexplicável, porém, a manutenção da competência da Justiça Comum para apreciação dos dissídios envolvendo referidas greves – o que parece ser justificado muito mais por um interesse político do que por um motivo propriamente jurídico.

23 – A respeito, recomenda-se a leitura do estudo de GORZ, André. *Adeus ao Proletariado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

24 – SILVA, Maria Manuela Maia da. *Flexibilidade e rigidez das leis laborais – as novas formas de contratação*. In IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98.

25 – Para mais informações sobre o tema, cf. MALLETT, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., pp. 29 a 31.

26 – Quanto ao parassubordinado, os países que reconhecem tal figura tendem a atribuir-lhe, também, direito de greve, sob o argumento de se tratar de direito extensível a todos os trabalhadores que gozem de subproteção social (a respeito, cf. GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2012, pp. 238-239; OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. 2ª edição. Madrid: Tecnos, 2012, p. 229). Interessante ressaltar que a Corte Constitucional italiana já reconheceu, até mesmo, o direito de greve a pequenos industriais e comerciantes autônomos (Decisão nº 222, de 17.7.1995).

A despeito da clareza da dimensão subjetiva e da titularidade da greve, o termo vem sendo utilizado de forma desmedida. Hoje, qualquer manifestação em busca de melhores condições em qualquer seara da vida social é qualificada como “greve”. Greve de estudantes, de presidiários, de caminhoneiros autônomos, e até greve de fome são expressões frequentemente encontradas na imprensa. Essa utilização, além de demonstrar desconhecimento acerca da natureza e características do instituto enquanto fenômeno jurídico, tende a banalizar sua importância perante os olhos da população.

A greve surge como método de irrisignação, do trabalhador, contra os abusos da classe patronal, e ainda hoje assim deve ser interpretada. É instituto destinado a causar transtorno ao mau empregador (*i.e.*, àquele que explora a força de trabalho sem lhe conceder a adequada contrapartida), com o objetivo de forçá-lo a atender a uma reivindicação trabalhista.

Das linhas acima, destacam-se alguns elementos que sempre devem ser considerados na delimitação dos movimentos parestas, a saber:

a) A greve é direito do **trabalhador** – mais especificamente, do trabalhador subordinado, integrante de uma relação de emprego.

Por isso, a doutrina juslaboral exclui do conceito jurídico de greve, por exemplo, a popularmente chamada “**greve às avessas**”, que ocorre quando desempregados se apresentam para trabalhar nas instalações ou propriedades da empresa, contra a vontade do empresário, e exigem retribuição.²⁷ Ora, desempregado é, no máximo, “extrabalhador”; por isso, no máximo, faz “reivindicação” – e não greve.

Com ainda maior razão, manifestações de estudantes, presidiários ou outros grupos – a despeito de sua incontestável importância social – não podem ser qualificadas como “greve”, sob pena de banalização do conceito. Ademais do equívoco de técnica jurídica, preocupa a imagem passada à população com a caracterização de tais movimentos como greves: na grande maioria das vezes, trata-se de manifestações marcadas por desorganização e reivindicações desconexas de seus participantes, que em nada se comparam a uma greve organizada pelo sindicato, detentor de responsabilidades e deveres perante a sociedade. Graças à confusão de conceitos (e, por óbvio, à cobertura normalmente maniqueísta da mídia), o cidadão acaba interpretando qualquer “greve” como sinônimo de “bagunça” e “coisa de vagabundo”, sem considerar o inesgotável valor do instituto às relações de trabalho hodiernas.

b) A greve, necessariamente, deve gerar um **transtorno ao empregador**.

27 – A respeito, cf. XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 172.

O individualismo exacerbado que move a sociedade neoliberal pós-moderna tende a inadmitir qualquer forma de transtorno ou desordem social que possa limitar o exercício de liberdades individuais. Sem transtorno, entretanto, não há greve; e, sem greve, não há qualquer possibilidade de melhoria das condições de trabalho e de vida do empregado.²⁸

De plano, é preciso ressaltar: o transtorno deve ser causado ao **empregador**, único capaz de atender às reivindicações dos grevistas, pouco importando se tal empregador é uma pessoa física, uma empresa, ou mesmo o Estado. Por óbvio, é natural que a greve irradie efeitos à sociedade²⁹ ou aos não grevistas³⁰; porém, esse não é seu foco principal, tratando-se de mera consequência lógica de seu exercício.

Aqui, afastam-se mais uma vez do conceito as manifestações de estudantes e presidiários. Qual é o transtorno causado pelo estudante, à instituição de ensino, quando decide não mais frequentar as aulas? E pelo presidiário, ao recusar-se ao banho de sol?

Mesmo na seara trabalhista, aliás, a doutrina é bastante limitativa quanto à ideia de transtornos gerados pela greve: se os prejuízos são pequenos, a ponto de não imporem pressão ao empregador, não há greve. É o que ocorre, por exemplo, com a denominada **greve de zelo** (ou “operação tartaruga”), que envolve apenas o abrandamento da atividade produtiva, e não sua paralisação; também, com a **greve de tratamento afável com os clientes**, quando trabalhadores continuam prestando seus serviços, mas se recusam a tratar os clientes com cordialidade. Ambas são interpretadas pela doutrina como greves atípicas, e, portanto, não enquadradas no conceito típico do fenômeno.³¹

c) Agreve deve envolver **reivindicação que possa ser atendida pelo empregador**.

Já se afirmou, anteriormente, que a finalidade da greve deve ser única e exclusivamente trabalhista, afastando-se de seu conceito greves de cunho eminentemente político, social ou econômico. Segundo Pedro Romano Martinez, com efeito, “*se as pretensões não podem ser satisfeitas pelo empregador, não se pode qualificar a situação como de verdadeira greve*”.³²

28 – Estêvão Mallet é preciso no estudo do tema: após ressaltar que a greve, por vezes, é tratada como algo patológico, ressalta a impropriedade de tal tratamento, já que se está diante de “*algo que nada tem de exorbitante e que faz parte da realidade produtiva fundada no trabalho livre*”. Continua o autor qualificando-a como “*o natural contrapeso da preeminência econômica do tomador de serviço em face de quem vive do trabalho, contrapeso com o qual se procura equilibrar um pouco uma relação em que predomina a desigualdade fática*” (MALLET, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., p. 7). Segundo Leôncio Martins Rodrigues, “nas democracias capitalistas, a forma clássica de impor prejuízo às empresas – e consequentemente aumentar o poder dos dirigentes sindicais – é a greve” (RODRIGUES, Leôncio Martins. *Destino do Sindicalismo*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, p. 121).

29 – Por exemplo, o trânsito causado por manifestações grevistas, a redução dos serviços prestados ou dos produtos colocados no mercado, etc.

30 – Por exemplo, o aumento de trabalho em decorrência da paralisação de seus colegas.

31 – XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 172; MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., pp. 1285; GALANTINO, Luisa. *Diritto Sindacale*. 14ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2006, p. 246.

32 – MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., pp. 1283-1284.

Aqui, mais uma vez, retoma-se a análise dos movimentos de estudantes e presidiários: como poderiam ser qualificados como greve se sequer envolvem negociação com o empregador? No mesmo sentido, a “greve e fome”, que “tampouco é greve no sentido jurídico-trabalhista, nem quando realizada por empregados”, pois não se relaciona nem com a paralisação da atividade, nem com a perturbação da relação de trabalho.³³

A doutrina laboral, atualmente, debruça-se sobre o estudo de duas espécies de movimentos sociais que, frequentemente, têm recebido a qualificação de greve: a **greve geral**, que pressupõe a paralisação dos trabalhadores (normalmente, de um país ou de uma determinada localidade), com objetivos políticos; e a greve de **solidariedade**, em que empregados de uma empresa ou categoria paralisam os serviços em solidariedade a movimento paredista deflagrado por trabalhadores de outra empresa ou categoria.

É difícil, porém, reconhecer a natureza jurídica de greve em ambos os movimentos.

Quanto à greve geral, dois problemas se apresentam: em primeiro lugar, normalmente não se trata de movimento de cunho trabalhista (a não ser, por exemplo, no caso de pleito pelo aumento do valor do salário mínimo, ou pela promulgação de determinada lei social); em segundo, não se está diante de reivindicações que podem ser atendidas pelo empregador. Daí por que a doutrina é uníssona em afastar a qualificação jurídica de greve a aludidos movimentos – inclusive em países Europeus, onde tais reivindicações tornaram-se bastante frequentes após as crises de 2008/2009.³⁴

Por seu turno, à greve de solidariedade, falta elemento essencial relacionado à possibilidade de o empregador, ele próprio, atender às reivindicações dos grevistas (as quais, reitera-se decorrem da insatisfação de trabalhadores de outra empresa). Nesse sentido, emblemática a decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, segundo a qual *“la ilegalidad de una huelga de solidaridad puede sostenerse en términos abstractos partiendo de la idea de que la infracción del contrato de trabajo, en que la huelga consiste siempre, y el consiguiente incumplimiento de las obligaciones, sólo se justifican cuando el huelguista incumplidos lo realiza para defender reivindicaciones que atañen a su propia relación de trabajo con el patrono y que éste puede atender”*.³⁵

Em suma, é preciso ter cautela com a utilização desenfreada do termo “greve”, sempre se verificando se os requisitos do movimento social enquadram-se, efetivamente, no conceito jurídico do instituto.

33 – MALLET, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., p. 31.

34 – Acerca das greves políticas em solo italiano (as quais, inclusive, já foram consideradas um delito pela legislação e jurisprudência), recomenda-se a leitura de GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale...* Op. Cit., pp. 247-250. Em Portugal, cf., por todos, XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 171; na Espanha, OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical...* Op. Cit., pp. 250-251.

35 – Sentença nº 11/1998.

4. Afinal, por que há descrédito?

Ademais da utilização desmedida do termo “greve”, outros fatores também são responsáveis pelo descrédito da população brasileira no instituto.

O primeiro deles é a descrença no atual modelo de relações sindicais, sendo frequente apregoar-se que todo sindicato é fraco, corrupto e não representa, verdadeiramente, os interesses dos trabalhadores.

É imperioso abandonar tal entendimento. Por certo, os sindicatos brasileiros estão longe de representar modelo ideal (o qual só seria possível em ambiente de plena liberdade); porém, é certo que, desde sua criação, em muito evoluíram, e hoje desempenham o papel de legítimos representantes sociais.

Conforme ressalta Davi Furtado Meirelles, no período anterior às greves do ABC Paulista da década de 1970, o processo de negociação coletiva era precário e a legislação corporativista da CLT transformava os sindicatos em “meros clubes associativos, obrigados a conceder serviços assistencialistas e benefício recreativos a toda categoria, deixando-os afastados das grandes questões econômicas, sociais e políticas”.³⁶ Porém, a situação se altera com a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e de Diadema, da qual decorreram, por exemplo, o reconhecimento de Comissões de Fábrica, e a realização periódica de negociações coletivas, não mais apenas na data-base.

Por certo, a realidade do Sindicato dos Metalúrgicos é muito distinta de outras entidades sindicais, que ainda sofrem com a falta de representatividade e a dificuldade de conquistar direitos na mesa de negociações. Hélio Zylberstajn, entretanto, ressalta que tais problemas não são peculiares ao sindicato brasileiro, mas observados também nos países industrializados.³⁷ Além do mais, segundo o mesmo autor, é preciso reconhecer que o sindicato brasileiro vem ganhando espaço em outras esferas, especialmente na política, desde a eleição de um presidente que é o símbolo do sindicalismo.³⁸

E não só na política os sindicatos vêm ganhando espaço. Sabe-se, por exemplo, que o adicional de periculosidade aos motoboys, inserido na CLT pela Lei nº 12.997/2014³⁹,

36 – MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) em 2006, p. 222.

37 – ZYLBERSTAJN, Hélio. *Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil*. Trabalho apresentado em dezembro de 2002 à FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível online em http://www.fea.usp.br/feaecon/1/media/livros/file_298.pdf, p. 3. Segundo Leôncio Martins Rodrigues, “em fins da década dos 80, em alguns países da Europa do Norte os sindicatos ainda conseguiam manter as mesmas taxas de filiação dos anos 70 e mesmo aumentar ligeiramente o número de filiados (...). Mas, desde então, à medida que o século XX chegava a seu término, foi se tornando cada vez mais claro que as dificuldades enfrentadas pelo sindicalismo não eram conjunturais e nem específicas de alguns países, e fatores estruturais mais duradouros e profundos minavam a força de uma das instituições mais características e importantes das democracias capitalistas do Ocidente” (RODRIGUES, Leôncio Martins. *Destino do Sindicalismo...* Op. Cit., p. 1).

38 – ZYLBERSTAJN, Hélio. *Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil...* Op. Cit., p. 4.

39 – Art. 193, §4º, CLT: “São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”.

surgiu justamente diante das pressões dos sindicatos da categoria (o mesmo podendo ser dito sobre o adicional às atividades de segurança pessoal e patrimonial, previsto pela Lei nº 12.740/2012⁴⁰). Além disso, inúmeras são as ações judiciais propostas diariamente pelos sindicatos do país⁴¹ no intuito de assegurar o cumprimento de direitos a seus representados. Ainda, todo o histórico flexibilizador da legislação trabalhista brasileira veio acompanhado do aumento das atribuições dos sindicatos – os quais foram sendo paulatinamente legitimados, pela lei, a negociar redução de salários, compensação de jornada, instituição de planos de participação nos lucros ou resultados, suspensão do contrato de trabalho, etc.

Portanto, apregoar a fraqueza generalizada dos sindicatos é demonstrar desconhecimento a respeito dos ganhos trazidos, aos trabalhadores, em decorrência de sua contínua atuação pela melhoria das condições sociais.

Porém, infelizmente, nem sempre a atuação dos sindicatos enquadra-se nesse contexto de conquistas. Por isso, outro motivo que leva ao repúdio dos movimentos grevistas, pela população, é o exercício leviano e descompromissado de referido direito constitucional, levado a cabo por facções sindicais e sindicalistas mal-intencionados.

O desenvolvimento histórico das greves passa, em praticamente todos os países, por três fases: proibição, tolerância e reconhecimento. Na fase de proibição (normalmente coincidente com regimes de índole corporativista), à greve atribui-se a natureza de ilícito civil e penal, criminalizando-se sua realização. Na fase seguinte, a greve é descriminalizada, mas continua sendo vislumbrada como ilícito civil; trata-se da fase de tolerância. Finalmente, com a ascensão das democracias, passa a ser vista como direito, regulamentado tanto pela Constituição, quanto pela legislação esparsa.⁴²

Por óbvio, a consagração da greve como direito corresponde a grande conquista da classe trabalhadora. Entretanto, tal como qualquer direito, o instituto passa a encontrar limitações, e seu abuso ser sancionado pelo ordenamento jurídico. Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins Filho, a greve, enquanto direito, é pautada por regras do jogo, cujo descumprimento importa decretação de sua abusividade.⁴³

Na legislação brasileira, tais limites são dispostos pela Lei nº 7.783/89. Aviso prévio ao empregador e à comunidade, manutenção de mínimos em greves de atividades

40 – Art. 193, CLT: “São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (...) II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial”.

41 – O que faz recordar o voto de confiança dado pelo TST aos sindicatos ao cancelar a Súmula 310 e conferir-lhes ampla legitimidade para ajuizamento de ações enquanto substitutos processuais – mais uma prova de que os sindicatos vêm experimentando fortalecimento de sua atuação nos últimos anos.

42 – A respeito do tema, cf., por todos, BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2013, pp.1029-1032.

43 – MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O bélico e o lúdico no direito e no processo*. In Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 2, jul/dez 2004, p. 32.

essenciais, respeito à propriedade do empregador e deflagração apenas após aprovação em assembleia são alguns deles. Infelizmente, porém, alguns sindicatos insistem em desrespeitar aludidos limites, não sendo raros atos de violência cometidos durante a greve (como queima de ferramentas de trabalho da empresa), paralisações-surpresa (sem comunicação prévia ao empregador) e movimentos deflagrados mesmo diante da recusa da assembleia.⁴⁴

É preciso reconhecer, entretanto, que as greves acima mencionadas são exceção na prática trabalhista hodierna. E, quando ocorrem, encontram severa repressão por parte dos órgãos de tutela das relações de trabalho (Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e Justiça do Trabalho), sendo frequentes as ações judiciais de responsabilização dos sindicatos e grevistas. A própria Lei nº 7.783/89 autoriza a repreensão às greves ilícitas e abusivas: no art. 15, ressalta a responsabilidade trabalhista, civil e criminal a ser imputada aos praticantes de atos ilícitos ou crimes durante a greve.⁴⁵

Por isso, não se pode permitir que a imagem das greves legítimas seja maculada por movimentos descompromissados, que – longe de visar apenas ao transtorno das relações sociais, inerente a qualquer movimento paredista – geram verdadeira desordem social.

5 .Conclusão

As linhas acima deixam clara a importância do fenômeno da greve para o Estado Democrático de Direito. Com efeito, longe de constituir mero fato social, desprovido de justificativa jurídica, política ou econômica, a greve é instituto que interessa às mais variadas ciências humanas, e que encontra, no Direito, o arcabouço necessário para a delimitação de seu conceito.

A despeito de sua aparente abrangência, é mister delimitar os movimentos paredistas quanto a suas dimensões subjetiva – reconhecendo-os como instrumentos de pressão do trabalhador – e objetiva – relacionando-os, exclusivamente, com reivindicações oriundas do contrato de trabalho. Ademais, é preciso superar a presunção da greve enquanto “bagunça”, e reconhecer que os transtornos por ela causados são imprescindíveis para o sucesso do movimento.

44 – Outros exemplos de greves ilícitas são apontados pela doutrina, como as greves que perseguem fins ilícitos (e.g., enfraquecer economicamente a empresa) e greves que impliquem utilização de meios ilícitos ou contrários aos princípios gerais do direito. Nesse segundo conceito, enquadram-se, por exemplo, as greves retroativas (quando a paralisação dos trabalhadores em um dia prejudica toda a produção anterior – e.g., greve na agricultura, em que toda a produção é perdida se não feita a colheita no tempo correto); greves rotativas (paralisação por setores, impedindo os subsequentes de trabalhar); greves de trombose (paralisação que afeta setor chave da empresa); greves intermitentes (greves por períodos pequenos – cinco minutos, e.g. com vistas a afetar a produção anterior; greves *self-service* (os trabalhadores interrompem os serviços quando e por quanto tempo acharem oportuno, surpreendendo o empregador). A respeito, cf. MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho...* Op. Cit., p. 1351 e ss.

45 – Responsabilidade que se estende, inclusive, à prática omissiva de atos, conforme MALLET, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve...* Op. Cit., p. 115.

A greve é instituto fundado no que talvez seja o mais legítimo dos interesses da sociedade: o trabalho. Não à toa, o trabalho é consagrado como um dos fundamentos sociais da República Federativa do Brasil e, sem ele, não seria possível atingir, pelo menos, dois dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro: garantir o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, II e III, CF/88).

Por seu turno, o direito ao trabalho jamais será pleno se não lhe forem asseguradas condições mínimas de exercício. Aliás, temas como salário justo, limitação de jornadas e respeito no ambiente de trabalho sequer deveriam ser objetos de reivindicação, pois são inerentes ao trabalho enquanto direito fundamental. Na insistência dos empregadores de não assegurarem tais mínimos, surge a garantia da greve.

Aceitar a greve, enquanto legítimo exercício da democracia, é, portanto, o primeiro passo para a construção de uma sociedade consciente, evoluída e respeitosa para com aquele que é o futuro de seu desenvolvimento: o trabalhador.

6. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfrancesco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 11ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1988.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do Trabalho*. 14ª ed. Almedina: Coimbra, 2009.

GALANTINO, Luisa. *Diritto Sindacale*. 14ª Ed. Torino: G. Giappichelli, 2006.

GARCÍA NINET, José Ignacio. *La Huelga*. In GARCÍA NINET, José Ignacio (dir.) e García Viña, Jordi (coord.). *Manual de derecho sindical*. 3ª edição. Barcelona, Atelier, 2011.

GIUGNI, Gino. *Diritto Sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2012.

GORZ, André. *Adeus ao Proletariado*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MALLET, Estêvão. *Dogmática Elementar do Direito de Greve*. LTr, São Paulo, 2013.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 5ª ed. Almedina: Coimbra, 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O bélico e o lúdico no direito e no processo*. In Rev. TST, Brasília, vol. 70, nº 2, jul/dez 2004

MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC*. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) em 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compêndio de derecho sindical*. 2ª edição. Madri: Tecnos, 2012.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Destino do Sindicalismo*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009.

SILVA, Maria Manuela Maia da. *Flexibilidade e rigidez das leis laborais – as novas formas de contratação*. In IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 2002.

VIANA, Márcio Tulio. *Conflitos coletivos do trabalho*. In Rev. TST, Brasília, vol. 66, nº 1, jan/mar 2000

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. *Manual de Direito do Trabalho*. Verbo: Lisboa, 2011.

ZYLBERSTAJN, Hélio. *Os metalúrgicos do ABC: tentando construir o novo/velho sindicato no Brasil*. Trabalho apresentado em dezembro de 2002 à FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Disponível online em http://www.fea.usp.br/feaecon//media/livros/file_298.pdf.

Inconstitucionalidade de Lei Francesa que proíbe o uso da burca e do nikab em espaços públicos. Um olhar sobre a Constituição Francesa e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹

Saddam Harb Mohamad
Palestino, estudante de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, FURG

Pietro Nardella Dellova
Judeu, orientador do presente Artigo, é Professor de Direito Civil e de Direitos Humanos. Doutorado (em curso) em Ciências Jurídicas e Sociais (com a tese A Tessitura dos Direitos Humanos no Direito Civil). Mestre em Direito pela USP. Mestre em Ciências da Religião pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Civil e em Literatura. Formado em Direito e em Literatura. Apoiador do Gruppo Martin Buber (Roma) para o diálogo entre israelenses e palestinos.

Resumo

A promulgação de uma lei que proíbe as mulheres francesas de usar a Burca e o Nikab colocou em destaque uma polêmica sobre como deve o Estado agir para garantir a **liberdade**, a **dignidade** e o **bem-estar** de seus cidadãos. O presente artigo pretende demonstrar a inconstitucionalidade da aprovação da lei que proíbe o uso da Burca e do Nikab na França, usando como fontes a própria Constituição Francesa vigente e a Convenção Européia dos Direitos do Homem e por fim, uma breve análise sob a óptica dos Direitos Humanos e como que esta lei o viola.

Palavras Chave: Burca, Nikab, Constituição Francesa, Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Direitos Humanos.

Abstract

The recent law that bans women from wearing full-cover veil in France has raised controversy over the way the State must act to ensure people's freedom, dignity and well-being. the present work aims to demonstrate the unconstitutionality of the passage of the law prohibiting the use of Burca and Nikab in France, using as sources the very current French constitution and the European Convention of men's rights and, finally, a brief analysis from the perspective of Human rights and how this law to violate.

Key words: Burca, Nikab, French Constitution, European Convention on Human Rights, Human Rights.

1 – O resumo do presente Artigo foi inscrito e aprovado para a 14ª Mostra de produção Universitária - FURG

Introdução

Em minha opinião, a história é feita por homens e mulheres, e do mesmo modo ela também pode ser desfeita e reescrita, sempre com vários silêncios e elisões, sempre com formas impostas e desfiguramentos tolerados, de modo que o “nosso” Leste, o “nosso” Oriente, possa ser dirigido e possuído por “nós” (SAID, 2010, p. 14).

Nos dias atuais, o convívio com a diversidade torna-se cada vez mais frequente. Dessa maneira, desafios são postos para se lidar com a diferença, principalmente no momento que visões de mundo se destacam, mas a intimidade corporal e as interações cotidianas as põem em constante contato. Os muçulmanos da França, por exemplo, mostram-se como um objeto de estudo extremamente rico. Pois, a França tem uma tradição de pensar sobre si, de produzir reflexões e explicações ao mundo sobre seus próprios desafios.

Ao falarmos da França, logo vem à cabeça imagens como a guilhotina, a queda da bastilha e palavras como liberdade igualdade e fraternidade; um país que foi palco de revoltas por direitos, que inspirou colônias na América a buscarem sua emancipação. Com toda uma história de emancipação dos povos, estranhamente, agora, promove atos legais de censura à vestimenta muçulmana feminina como a Burca e o Nikab. É disso que trata a presente reflexão.

A óptica ocidental em relação ao lugar ocupado pela mulher em uma sociedade islâmica é completamente equivocada, recheada de julgamentos falaciosos e generalistas, e que não levam em consideração os valores morais e religiosos da cultura islâmica. A visão equivocada do Ocidente e, agora, em especial, da França, não permite ver que para a maioria das muçulmanas, usar a Burca ou o Nikab trata-se de um ato de demonstração de profundo respeito por sua religião, um ato de vontade, que vai além da submissão às ordens impostas tanto pelos pais, como pelos parceiros, diferente do que é proposto no texto legal² francês.

Em seu trabalho de conclusão de curso, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Dirceu Alvez da Silva realizou entrevistas com mulheres muçulmanas que freqüentavam as mesquitas da cidade de São Paulo, uma delas chamada Aisha, que, quando questionada sobre qual o significado do Hihab para ela, a mesma respondeu: *“para mim, e creio eu que para todas as mulheres muçulmanas, o hihab possui um valor simbólico, que vai além do aspecto religioso, até a definição da identidade feminina islâmica, passando por aspectos pessoais”. Quando questionada sobre se ela se sentia reprimida, ou até mesmo alienada usando o véu, “pelo contrário, o véu não representa um esconderijo para nós, representa nossa identidade de mulheres muçulmanas, comprometidas com sua religiosidade, pureza e com sua moralidade”.*

2 - Conferir a decisão em: <http://s.conjur.com.br/dl/lei-francesa-proibe-uso-burca-nao-fere.pdf>

A indumentária das mulheres muçulmanas que vivem no ocidente há algum tempo se torna polêmica. França, Espanha e outros países estão aprovando leis com o apoio da Corte Européia para proibir o uso da Burca em locais públicos. Na Espanha, a proibição do uso do véu em alguns colégios foi motivo de polêmica. Na França, desde abril de 2011, as mulheres ficam proibidas de usar a Burca em espaços públicos³.

Um outro episódio da escola francesa⁴, na qual demitiu uma professora pois estava vestida com a Burca, causou sérios desconfortos na comunidade árabe, levando a alguns questionamentos sobre o que o ocidente sabe sobre essas mulheres? Será que as idéias ocidentais acerca de como elas deveriam se portar são verdades universais? Ou, ainda, será que devemos aceitar diferentes culturas, diferentes formas de se vestir e de se comportar em espaços públicos?

Recentemente assistimos ao ataque ao jornal Charlie Hebdo, o que sem a menor sombra de dúvida, foi cruel, covarde. Os mesmos meios de comunicação que noticiaram este ocorrido, logo ligaram ao fato de se tratar de um atentado terrorista por uma sátira feita ao profeta Maomé e o chefe da organização rebelde “estado” islâmico. Por isso podemos perceber que há um claro problema de percepção de fatos que, temperada por preconceitos

axiológicos ou epistemológicos pode nos levar a julgar e recusar uma realidade que desconhecemos.

O cenário de Idade Média, assim como muitos comparam, não era uma prerrogativa. Trata-se de uma infeliz comparação entre dois tipos de extremismos que operaram por longo tempo e que hoje ainda exercem influência em mentes fracas e alienadas. Este fundamentalismo foi responsável pela condenação ao fogo de mulheres e os considerados hereges, bem como censurou a exposição corporal e comportamental.

E diante desse cenário é importante que saibamos que, apesar de existir o Islamismo flexível, como o que atualmente é adotado no Egito, e o Islamismo fundamentalista como na Arábia Saudita e no Afeganistão, o Corão é o mesmo em qualquer parte do mundo, e por esta razão, a exclusão feminina não está presente nas fundações do Islamismo, mas apenas no edifício religioso que se arquiteta sobre elas. O Corão, livro sagrado dos muçulmanos, contém versículos dedicados a deixar claro que, aos olhos de Alá, os homens e as mulheres são iguais.

Portanto, incluído em um ambiente confuso entre liberdade de se vestir e liberdade de entender o texto sagrado, o presente texto pretende demonstrar a inconstitucionalidade da aprovação da lei que proíbe o uso da Burca e do Nikab na França, usando como

3 – Diferente do véu, a Burca cobre todo o corpo e rosto, não deixando nem mesmo os olhos à vista.

4 – http://brasil.elpais.com/brasil/2014/07/01/sociedad/1404207730_001837.html

fontes a própria Constituição Francesa vigente e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como será feita uma breve análise sob a óptica dos direitos humanos. Por fim, o texto não propõe que seja obrigatório que as mulheres se cubram, mas, apenas defenderá sob aspecto jurídico o direito que elas têm de poder se cobrir por inteiro se assim for sua plena vontade.

Sob a ótica da Constituição Francesa de 1958

A maioria das pessoas hoje sabe como é difícil avaliar a vida e as pretensões de outras culturas e tradições, sem cair presa dos preconceitos decorrentes das perspectivas nossas. Quando deixamos de avaliar os outros com imparcialidade, torna-se muito mais improvável receber deles tratamento imparcial. Esse tipo de etnocentrismo, por mais que nos aflija, já não tem como nos surpreender. (APPIAH, Kwame Anthony)

Falar sobre Islamismo, países muçulmanos e Cultura Árabe nos faz pensar em inúmeros personagens e imagens como tendas do deserto, dançarinas, xeiques ricos sentados em poltronas de ouro, extremismo e atentados. Mas, o que ninguém percebe é que junto a estas imagens entra a da mulher, na qual é vista como um ser subalterno, de menor categoria ou escrava dos homens.

Por isso, grande parte da produção midiática e literária ocidental traz a mulher oriental como oprimida. Esta imagem serviu de alimento para a islamofobia em países “civilizados” como a França. No ano de 2010 uma lei que proibia o uso de qualquer vestimenta feminina muçulmana foi aprovada pelo Parlamento Francês. No entanto, atendendo aos pedidos de mulheres muçulmanas residentes em território francês, a decisão chegou à Corte Europeia, que achou incorreta a lei e decidiu que somente a Burca, indumentária que cobre completamente o corpo, não deixando nada a vista, e o Nikab, véu que permite que os olhos estejam à mostra, seriam proibidos de serem usados em espaços públicos, e que tal decisão não feria os direitos humanos e a dignidade de mulheres que teriam de, a partir daquela data, “despir-se” de sua cultura e uma vida inteira de crença e ensinamentos religiosos por conta de um preconceito legal cuja fonte ainda é desconhecida.

A Constituição Francesa, no seu artigo primeiro, trás algumas características de como a França deveria ser, e os princípios nos quais as leis francesas deveriam ser pautadas. Eis o Artigo 1º:

A França é uma República indivisível, laica, democrática e social. Assegura a igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinção de origem, raça ou religião. Respeita todas as crenças. Sua organização é descentralizada.

Para compreender melhor a argumentação, vou dividir esta parte do artigo primeiro, começando pelo princípio da laicidade.

Quando mencionamos a palavra “laicidade”, nosso pensamento logo se dirige para a França, local onde os debates sobre o tema são acalorados e constantemente produzem reações violentas. O primeiro país a transcrever a liberdade religiosa na declaração dos direitos do homem e do cidadão em 1789 e legalizar a separação da Igreja do Estado com as chamadas leis escolares de 1880. Vitor Hugo, então Deputado da Câmara em 1850, trouxe a frase que serviu de ferramenta para militantes pela busca do estado laico: “*Eu quero [...] o Estado em sua casa e a Igreja na casa dela*”. (Hugo apud Peña-Ruiz, 2005, p. 43), ou seja, que leis religiosas não ocasionassem influências nas leis civis, ou que a forma de governar não cruzasse a mesma linha da forma de cultivar na religião.

Desde os primórdios da humanidade, quando começam a surgir as leis e a própria Democracia, que a discussão desse tema é iniciada. Foi com Epicuro, em sua escola chamada Jardim que houve o ensino de que não há necessidade de religião se a conduta dos homens regida pela ética torna-se uma “arte de viver”.⁵

Quando os preceitos religiosos não interferem no cotidiano da sociedade, em outras palavras, quando o país possui posição neutra no campo religioso. A imparcialidade em assuntos clericais implica em não apoiar e nem mesmo discriminar qualquer tipo de crença. No entanto, não foi o que a lei que proíbe o uso da Burca em espaços públicos fez.

A inconstitucionalidade desta lei começa por proibir, com multa, mulheres vestidas com a Burca ou o Nikab, pois estas vestimentas compõem o que chamamos de Cultura Islâmica, apesar de muitos discordarem. Algumas autoridades francesas afirmavam que a Burca ocultava a identidade das mulheres e estas, poderiam usar esta roupa para cometer atos ilícitos, bem como a proibição destas roupas está intimamente ligada ao combate ao terrorismo, o que é um argumento falacioso, pois se fosse o caso de desejo de ocultação de identidade, para a promoção de atos ilícitos, não seria necessária o uso desta indumentária, bastaria uma máscara ou até mesmo o próprio véu, que não foi negado como uso pelas autoridades francesas. Além disso, não há qualquer ligação de fatos recentes, ou antigos, relacionado com a Burca ou o Nikab, em que o terrorista tenha se utilizado destas vestes para a prática de atos de terror.

A Burca e o Nikab, afirmo mais uma vez, simbolizam a Cultura Islâmica, e por isso são sinônimas de identidade. Quando fazemos uso de uma roupa, qualquer que seja, dizemos, silenciosamente, que nos identificamos com aquela cultura e que a aceitamos. Um estado que se autodenomina “laico” conforme afirma sua constituição, deve privilegiar por um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão

5 – Assim como Epicteto em *A arte de viver* e Sêneca em *Da vida feliz*, Epicuro lista conselhos básicos para sermos felizes: não temer a morte, distinguir os tipos de desejo buscar o prazer sábio e viver modestamente. Cada um desses itens é racionalmente explicado para uma melhor compreensão. Nessa carta, há também respostas muito interessantes para perguntas tais como “O que é mais importante que a filosofia?” e “Como viver como um deus entre os homens?”

legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos (Blancarte, 2008, p19). Percebe-se, neste sentido que a liberdade religiosa é uma das mais fortes conquistas de um estado laico e democrático. Peña-Ruiz em seu livro “a história da laicidade”:

[...] nada, no islã, se opõe ao respeito pela laicidade. Ao contrário, somente a laicidade republicana pode permitir a integração pacífica de diferentes populações. No estado de direito republicano, a mesma justiça deve valer para todos - tanto para os imigrantes quanto para os nativos do país. Os “imigrantes” não precisam ser diferenciados. Já se tornaram parte integrante da população. É preciso, portanto, que nenhuma opção pessoal, em matéria de religião ou de vida privada, seja privilegiada pela lei comum. É justamente o que define a laicidade: tanto crentes de diversas religiões, como ateus, têm reconhecida a liberdade absoluta de consciência e a igualdade em todos os domínios. O que implica a neutralidade confessional do Estado e sua preocupação em valorizar o que unifica todos os homens. (Hugo apud Peña-Ruiz, 2005, p. 100).

A propósito, o direito de praticar livremente sua religião é um direito fundamental também consagrado no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de credo, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou credo, sozinho ou em comunidade com outros, quer em público ou em privado, através do ensino, prática, culto e rituais.*

Mas será que ser proibido de usar uma roupa, não nos proíbe de praticar livremente nossa religião?

Em outro ponto, assegurar algo perante a lei como afirma a constituição:

[...]Assegura a igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinção de origem, raça ou religião[...]

Nesta parte precisamos entender o que significa igualdade. R. R. Palmer, escrevendo no *Dictionary of the History of Ideas*, coloca isso assim: “A igualdade requer um ato de escolha, pelo qual algumas diferenças são minimizadas ou ignoradas enquanto outras são maximizadas e postas a se desenvolver” (PALMER, 1973-74, p. 139).

Na época da Revolução Francesa, a igualdade foi estipulada como um princípio geral, uma promessa de que todos os indivíduos seriam considerados os mesmos para os propósitos de participação política e representação legal. Mas a cidadania foi conferida no início somente para aqueles que detinham certa propriedade; foi negada para aqueles muito pobres ou muito dependentes para exercerem o pensamento autônomo que era requerido dos cidadãos. A cidadania também foi cerceada, até 1794, aos escravos, porque

eram considerados propriedade, e para as mulheres, pois seus afazeres domésticos e de cuidados com os filhos, muitas vezes eram vistos como impossibilitades à participação no ambiente público e social. No entanto diferenças de nascimento, de posição, de status social entre homens não tinham importância relevante, naquele momento, para a aquisição da permissão de participação política; apenas diferenças de riqueza, cor e gênero.

Mas diferente do que afirmou Palmer, quando disse que igualdade significa escolha, na qual algumas diferenças são desconsideradas, enquanto que outras são enaltecidas e propensas a se desenvolver com ajuda de adeptos de determinadas escolhas; a igualdade perante a lei sem distinção de origem, raça ou religião, não significa que devemos proibir, inclusive com multa, que muçulmanos usem uma roupa na qual se identificam e com a qual praticam sua religião.

Por isso, oferecer limites para pessoas porque usam roupas diferentes, na qual cobre total ou parcialmente o corpo exige que sejam delimitados limites para o que seja correto usar, para o que seja moralmente correto fazer. Maximizando maiorias e ignorando as minorias jamais poderemos garantir a igualdade conforme a lei prevê, somente estaremos tornando os distintos, iguais aos iguais e enaltecendo o desejo das maiorias, em uma atitude autoritária e abusiva, ou, em outras palavras:

Exigir respeito a pessoas porque elas são negras ou gays, ou requer que existam alguns padrões para o que seja considerado afro-americano ou desejo sexual pelo mesmo sexo. Haverá formas apropriadas para ser um negro ou um gay, haverá expectativas a serem alcançadas, demandas a serem atendidas. É nesse momento que alguém que leva seriamente em consideração a autonomia poderá perguntar se nós não estamos substituindo uma espécie de tirania por outra. (APPIAH, Kwame Anthony 1997, p. 56).

Isso prova que o Direito como, instância social de regulação, destina-se, paradoxalmente, a promover situações de privilégio e opressão, quando deveria, por essência, oferecer um tratamento equivalente, ou igualitário, mesmo que para isso, realizasse tratamento diferenciado. Irrisórias percentagens de muçulmanos que aderem a uma roupa, ou a qualquer outro instrumento cultural, se a constituição assegura esta igualdade, não poderiam ser impedidos de desfrute desta indumentária. Se caso esta impossibilidade estiver presente, fica caracterizada divergência entre as normas, e, portanto a inconstitucionalidade da norma de hierarquia inferior. Outro ponto de vista interessante faz referência a outro posicionamento do então ex-presidente da república francesa Nicolas Sarkozy, na qual afirmava que a Burca representava a submissão feminina e isto não era bem-vindo na França.⁶

6 – http://www.lemonde.fr/a-la-une/article/2010/05/05/burqa-la-france-prend-elle-umisque_1347074_3208.html#HFLF0rYPsK6cpWfq.99

Ser submisso a alguém fere um direito muito importante que é a liberdade de expressão. Quando nos colocamos a obedecer às ordens de outra pessoa, colocamos em suas mãos nosso direito de pensar autonomamente. Contrapondo o ponto de vista do então ex-presidente, A socióloga Marnia Lazreg ofereceu alguns exemplos presenciados de como o colonialismo francês usou mulheres para sua “causa” na Argélia. Ela descreve: *“Talvez o mais espetacular exemplo de apropriação colonial das vozes femininas e o silenciamento daquelas entre elas que tinham começado a tomar mulheres revolucionárias... Como papéis-modelo por não vestir o véu, foi o evento de 16 de maio de 1958 [apenas quatro anos antes de a Argélia finalmente ganhar sua independência da França depois de um longo conflito sangrento e 130 anos de controle francês]. Naquele dia a demonstração foi organizada por generais franceses sublevados em Argel para mostrar a determinação deles de manter a Argélia francesa. Para dar ao governo da França evidência de que argelinos estavam de acordo com eles, os generais arranjaram alguns milhares de homens nativos, levados de ônibus das vilas próximas até o local, junto com algumas mulheres das quais o véu foi solenemente retirado por mulheres francesas. Arrebanhar argelinos e trazê-los para demonstrações de lealdade à França não era em si um ato incomum durante a era colonial. Mas retirar o véu de mulheres numa tão bem coreografada cerimônia acrescentou ao evento uma dimensão simbólica que dramatizava a característica constante da ocupação argelina pela França: sua obsessão com as mulheres.* (LAZREG, 1994, p. 135.) Curioso é que esse episódio tenha sido protagonizado pela França.

O conceito de liberdade de expressão se traduz no princípio de que ela é essencialmente vital para a organização de uma sociedade democrática e igualitária em sua dimensão individual e coletiva no intuito do qual, todos os membros têm o direito de profanar, procurar ou receber ideias e informações, ou como disse J. Stuart Mill: *“Não existe certeza absoluta, mas existe garantia suficiente para os propósitos da vida humana. Podemos e devemos supor que nossa opinião é verdadeira para guiar a nossa conduta: e não estamos a supor nada, além disto, quando proibimos homens malvados de perverter a sociedade através, da propagação de opiniões que temos por falsas e perniciosas”* (MILL, 1952, 276). John Milton, poeta, intelectual e funcionário público inglês, da Comunidade da Inglaterra sob Oliver Cromwell, durante a Revolução Inglesa, servindo como ministro de línguas estrangeiras, escreve a obra *Paraíso Perdido*⁷, onde cita a célebre frase: *“Acima de todas as liberdades, dê-me a de saber, de me expressar, de debater com autonomia, de acordo com minha consciência”* (MILTON, 1674, p.46); em claro desacordo com a violação dos direitos de liberdade de expressão.

Sem contar que como é que uma decisão que acarreta tão pesadas consequências pode ser tomada sem que mulheres adeptas a “indumentária proibida e opressora” tivessem sido ouvidas?

7 – Uma obra poética do século XVII, originalmente publicada em 1667 em dez cantos. Uma segunda edição foi publicada em 1674 em doze cantos, em memória à *Eneida de Virgílio* com revisões menores ao longo do texto e notas sobre os versos.

Parece curioso que uma República Democrática e Social, tal qual se autodenomina a França, desconheça o lugar que as mulheres muçulmanas estão inseridas e qual o lugar ocupado por elas em uma sociedade islâmica, para fazer suposições generalistas e absurdas de que estariam sendo obrigadas a vestir-se ou a esconder-se a mando de homens muçulmanos e opressores.

Mulheres expõem a sua face ou ocultam a mesma por desejo próprio, por respeito à sua religião e aos costumes que guiaram a vida de seus avós, pais e agora, guia a delas própria, ou nas palavras de Magda Aref:

É uma obrigação religiosa, como rezar cinco vezes ao dia, pagar o tributo para ajudar os mais pobres, jejuar no Ramadã. Mas cabe a cada um seguir ou não, pois existem vários mandamentos e nem todos os seguem. O significado do véu é super nobre, é valorizar a mulher, não tem absolutamente nada a ver com repressão. Não é que uma mulher que não esteja vestida assim seja desrespeitada, mas a veste faz com que você coloque um obstáculo em relação ao sexo oposto. Já na frente do seu marido, não tem restrição nenhuma. A mulher muçulmana se arruma da porta de casa para dentro. (Depoimento de Magda Aref Latif, no artigo intitulado: DIÁLOGOS SOBRE O USO DO VÉU: EMPODERAMENTO, IDENTIDADE E RELIGIOSIDADE de Francirosy Campos Barbosa, 2013).

Proibir expressões individuais, independente da causa, é comportamento de países fundamentalistas e/ou totalitários. Defender que determinada expressão individual, seja ela religiosa ou não, contraria os princípios do Estado e, portanto, deve ser banida, pode se tornar um combustível para coisas inflamáveis. Valores são assuntos delicados. Se optar por proibir as Burcas e os Nikabs, a França pode estar se aproximando daquilo de que procura se afastar.

Convenção europeia dos direitos do homem, um olhar jurisprudencial

Em janeiro de 1999, na França, Belgin Dogru, de 11 anos sofrera um ato de preconceito em relação a sua roupa, que culminou com a expulsão da escola onde estudava. Ao recusar-se a “se despir” nas aulas de Educação Física, o professor atribuiu falta em sete aulas consecutivas à menina. Por entender que o véu era incompatível com as aulas de educação física, o professor, junto com o comitê disciplinar da escola decidiu expulsá-la sob alegação de violar o dever de assiduidade. Os pais de Belgin recorreram da decisão do diretor em abril de 1999, interpondo uma ação no tribunal administrativo de Caen, uma comunidade francesa na região administrativa da Baixa-Normandia, no departamento Calvados, para anular a decisão, mas esta decisão foi deferida em outubro do mesmo ano, sob alegação de que ao apresentar-se com roupa inadequada para a prática de desporto, Belgin não cumpre com seu dever de assiduidade.

Um ano anterior, em 1998, Leyla Sahin, aluna da faculdade de medicina de cerrahpasa, da universidade de Istambul, Turquia, fora impedida de terminar os exames por violar uma circular emitida pelo vice-reitor da universidade, que proibira o acesso a salas de aula de alunos com barba e mulheres com a cabeça coberta⁸.

Após recorrer ao tribunal administrativo de Istambul, que rejeitou seu recurso, Leyla dirigiu-se ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem, na qual alegou que a proibição do uso do véu islâmico era uma interferência sem justificativas no seu direito de liberdade religiosa prevista no art.9º da convenção. Sem contar que ao propor condições autoritárias e de clara demonstração de intolerância, o Estado se mostra ríspido com medidas conservadoras, sem o modelo de liberdade conquistado com a modernidade.

O Tribunal Europeu observou que, ao intervir na maneira e lugar que Leyla poderia fazer uso de sua vestimenta religiosa, a Universidade de Istambul violava o direito de Leyla de expressar sua religião, mas que, no entanto era uma restrição prevista por lei e tinha efeito positivo nos fins de resguardar a ordem pública e a segurança das liberdades dos outros. Mas que esta imposição era incompatível com o dever estadual de neutralidade e imparcialidade chegando a afirmar que o papel das autoridades estaduais em sociedades plurais não é o de extinguir a causa da tensão eliminando o pluralismo, mas garantir que os vários grupos em presença se tolerem reciprocamente. No entanto, e lamentavelmente, o Tribunal desconsiderou o fato de as autoridades turcas terem, precisamente, “removido a causa da tensão”, ou como afirma Isabelle Rorive⁹:

A decisão do tribunal parece ser movida, acima de tudo, pelo medo do fundamentalismo islâmico, o que torna difícil sustentar uma noção de pluralismo que tenha verdadeiro sentido (Isabelle Rorive, religions Symbols in the public space, p.2684).

Leyla Sahin, tempos depois, não tendo seus direitos assegurados, se mudou para Itália, país onde pode terminar seus estudos.

Belgin, ao recorrer ao Tribunal Europeu, afirmou que além de violar o art. 9º da convenção, a decisão violava o art. 2º do protocolo no 1, que fala em direito a instrução e educação. Por nunca ter faltado às aulas não houve violação do dever de assiduidade, afinal de contas, o direito a presença lhe foi negado, por motivos torpes e fruto de preconceito. Além disso, segundo o *Institute on religion & public policy*, na qual critica a decisão do governo de defesa do secularismo, sublinha a equiparação, feita pelo tribunal europeu, entre os casos francês e turco, pois na França, os muçulmanos representam uma minoria e por isso não possuem poder de influenciar nas decisões de outras religiões, nem mesmo nas decisões do estado¹⁰.

8 – Conferir a jurisprudência de Belgin e Leyla em: [http://www.eclj.org\[7/9/2010](http://www.eclj.org[7/9/2010)

9 – *Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European Answer* Isabelle Rorive p.266

10 – *There is no threat of majority fundamentalist party coming into power and the rights to be protected are not the rights of non traditional muslimin women not wearing the veil, but the rights of minorities including those wearing the veil and other religious*

O que se mostra incompreensível no posicionamento assumido pelo Tribunal, é que leve à aceitação sem crítica dos duvidosos argumentos tomados pelo governo francês. O tribunal aceita como razoável o fato de que o uso do véu se mostra incompatível com as práticas de educação física, por razões de segurança e saúde. Seria de se esperar que o Estado provasse, ou que mostrasse de que forma, uma criança que cobre a cabeça, pode oferecer perigo de segurança e saúde dela e das outras crianças. Se considerarmos o uso de outra vestimenta que cobrisse a cabeça, tal qual foi proposto pela menina, mas rejeitado pela escola e pelo tribunal, fica difícil de acreditar que são preocupações com a integridade dos alunos e da própria Belgin, que causam tanto desconforto.

Outro ponto de incompreensão reside na avaliação cronológica dos fatos, junto com a falta de diálogos, pois menos de um mês após começar a usar o véu, Belgin foi expulsa da escola pelo comitê disciplinar, o que expõe que não houve diálogo e sim uma imposição, com a menina e com a família, o que no mínimo se mostra contraditório que uma república “democrática” e social, tenha um comportamento autoritário com uma menina e muçulmana, visto que como já dito anteriormente, os muçulmanos representam uma minoria numérica na França.

A faísca inicial de toda explosão partiu da recusa de menina a “despir-se” do véu. Por este motivo fora impedida de comparecer às aulas de educação física e posteriormente expulsa da escola, o que demonstra outro argumento duvidoso, pois essa regra não deveria ser estendida às demais disciplinas mais teóricas e que não exigissem esforço físico.

O que parece lamentável na posição assumida pelo Tribunal Europeu Dos Direitos do Homem é a aceitação dos diversos argumentos tomados pelos estados frances e turco, de que a Burca ou o Nikab ou ainda o próprio véu, possa causar algum mal as pessoas. No primeiro caso, na qual o professor afirma que o véu é inapropriado para a prática de educação física, pergunto-me, se não seria descente que permitissem que Belgin fosse liberada das aulas de educação física? Ou que simplesmente fosse dada outra atividade a ela em substituição as aulas de educação física? Qualquer questionamento é válido, inclusive aquele que questiona o porquê da menina ser proibida de assistir as aulas das outras disciplinas que não exigiam esforço físico.

Por conta de um preconceito, a menina foi não apenas exposta aos julgamentos de todos, mas impedida de frequentar as aulas, o que viola o direito a instrução prevista no artigo 2º do protocolo no 1, que diz: *A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.*

minorities such as sikh children wearing a keshi". [http://religionandpolicy.org/cms\[7/2/2010\]](http://religionandpolicy.org/cms[7/2/2010]).

Leyla Sahin e Belgin Drogu desejam continuar seus estudos sem, no entanto, deixar de obedecer às regras impostas pela sua fé, e sem impor suas regras a ninguém.

Num ambiente educativo e plural, a sua presença não deveria ser vista como uma ameaça, mas como a mais natural das ocorrências. Em vez disso as autoridades nacionais, em nome da neutralidade e do pluralismo, forçaram-nas a sair dos seus locais de estudo. O pluralismo, seja ele de qualquer espécie, é essencial para a preservação da sociedade democrática e o secularismo do estado, não é extensível aos indivíduos, o que lhes exige, num estado laico, é que respeitem os direitos e as liberdades dos outros, abstendo-se de impor-lhes as suas convicções. É lamentável que princípios como **liberdade, democracia e fraternidade**, sejam eloquentemente profanados e habilmente reprimidos, afinal de contas deveriam servir para promover a coexistência pacífica de religiosos e não religiosos num ambiente de respeito mútuo e de tolerância.

Cultura plural, a lei francesa, os Direitos Humanos e a miopia francesa

Ruth Benedict escreveu em seu livro *O crisântemo e a espada*¹¹ *que a cultura é como uma lente através da qual o homem vê o mundo* (Ruth Benedict, 1972, p.64.). A Declaração Universal de Direitos Humanos em vigor desde 1948 introduz, revolucionária e inovadoramente, uma linguagem de direitos nunca antes vista. Para os redatores da Declaração universal, os objetivos eram dois: 1) a descolonização dos países e regiões submetidos ao poder e ao saque de bens imperialista das grandes metrópoles; 2) a consolidação de um regime internacional ajustado à nova configuração de poder, surgida depois da terrível experiência das duas grandes guerras. Apesar de ser aderida como resolução, não possuindo força de lei, a Declaração universal, internacionalmente, é responsável por estimular a elaboração de instrumentos voltados para a proteção dos direitos humanos e tem sido referência para o acolhimento de resoluções no âmbito das Nações Unidas.

Criada três anos após a carta de 1945, a Declaração Universal consolida a afirmação de uma ética global, a qual torna os direitos humanos uma preocupação não mais restrita a estados, pondo em debate os conceitos de soberania absoluta, em outras palavras: *O Direito Internacional tradicional é definido como o Direito que regula exclusivamente relações entre Estados-nações. Logo, sob este enfoque, apenas Estados eram sujeitos de Direito Internacional e apenas Estados podiam possuir direitos legais à luz deste Direito. Era inconcebível que os indivíduos detivessem direitos internacionais. Eles eram vistos como objetos, e não como sujeitos do Direito Internacional. Consequentemente, os direitos humanos eram concebidos como matéria concernente apenas à jurisdição doméstica de cada Estado. Este princípio negava aos outros Estados o direito de interceder ou intervir em hipóteses em que nacionais de um Estado tinham seus direitos por ele violados. “Entretanto, havia exceções a essa regra”* (BUERGENTHAL, 1982 ,p. 2-3).

11 – BENEDICT, Ruth. *O Crisântemo e a Espada*. Perspectiva, 1972. São Paulo.

Mas dirigindo a discussão para o tema central, podemos relacionar os direitos culturais, mais precisamente, os direitos de expressar a cultura e a religião com os direitos humanos, visto que como já mencionado antes, não se trata mais de um problema restrito a jurisdição francesa tão somente.

Será próprio do ser humano ser dotado de cultura, ou de alguma característica cultivada por algumas pessoas que se identificam por alguma crença. A racionalidade permite que o homem se una com outros que compartilhem de algum gosto em comum. Seja por acreditar em algum Deus ou por dançar ao redor de uma fogueira. Cultura logo se mostra como um conceito amplo cujo qual se trata de gosto ou atitude compartilhada por pessoas por gerações, sendo esta atitude o ponto de união e identificação entre estas pessoas¹².

Nossa herança cultural desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria do conjunto. Por esta razão, discriminamos o comportamento desviante. As manifestações de intolerância religiosa contra os muçulmanos na Europa não são fatos novos, muito antes dos atentados de 11 de setembro, mulheres eram atacadas nas mais diversas regiões da Europa. Países como a França nunca esconderam a aversão contra muçulmanos, o que, no entanto, mostra-se evidente com a lei de proibição da Burka e do Nikab.

O modo de analisar o nosso entorno, e falando mais precisamente de mulheres muçulmanas que fazem uso diário de roupas como a Burka, precisa ser entendido não em um contexto pessoal de nascidos no ocidente, mas de nascidos no oriente, uma vez que apreciações de ordem moral em relação aos diferentes comportamentos sociais de minorias fora de sua região, como o caso de muçulmanos na França, não apenas é o mais famoso caso de xenofobia, como denota uma tendência a universalidade dos costumes. Por este motivo esta lei viola os direitos humanos, no que tange os direitos culturais. Os relativistas culturais defendem o pluralismo cultural, no sentido de que existe, no mundo, uma infinidade de culturas, de modos de agir e pensar e que essas diferenças precisam ser levadas em conta, principalmente na hora de votarmos em leis que possam vir a restringir pequenos grupos étnicos de se expressar.

O consenso sobre a “ameaça islâmica” é de tal modo amplo e a hostilidade contra os muçulmanos é vista com tanta naturalidade que não é difícil as

autoridades políticas da Europa aprovar, com pouca resistência, medidas legislativas altamente restritivas da liberdade religiosa dos muçulmanos, proibindo e até criminalizando aspectos da prática religiosa.

12 – LARAIA, Raquel de Barros. Cultura um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991 p. 45

É inegável que todos estes fatores tais como, a cor da pele, a condição de estrangeiro, a pobreza e a falta de qualificações, contribuem para a marginalização dos muçulmanos na Europa. No entanto, é por causa da sua fé que os muçulmanos são considerados uma ameaça para a segurança e uma afronta aos valores fundamentais europeus, como a democracia e os direitos humanos. É a sua fé que promove dúvidas sobre a viabilidade destes, algum dia, estarem bem integrados nas respectivas sociedades de acolhimento e que explica a aposta dos governos europeus na realização de testes de cidadania e na celebração de contratos de integração¹³. São os seus lugares de culto que ofendem o equilíbrio arquitetônico das cidades europeias e é o vestuário das suas mulheres que preocupa, intimida e irrita toda a gente. É o Islã, enquanto sistema de valores e de práticas religiosas, que é visado pelos debates públicos mantidos um pouco por toda a Europa e que invariavelmente o retratam como um bloco monolítico, parado no tempo e impermeável à influência de outras culturas, bárbaro, sexista, violento, agressivo, em suma, um perigo para as identidades nacionais e para a sobrevivência da civilização europeia.

Por não entender que há indivíduos com comportamentos distintos da massa, esta lei acaba por violar o direito de manifestação livre de pensamento.

Assim foi com a proibição, na França, do uso do véu integral em espaços públicos. Uma medida extremamente autoritária de desrespeito a herança cultural muçulmana. Universalista a ponto de desconsiderar a pluralidade de culturas e de comportamentos de povos muçulmanos que se encontram distante de seus países de origem. Uma lei que viola os direitos humanos no que se refere à liberdade de expressão; de manifestação religiosa e de pensamento. Se para Ruth Benedict, cultura é uma lente pela qual vemos o mundo, eu creio que os franceses sejam míopes, e a lente pela qual analisam o mundo muçulmano, esta completamente arranhada.

Considerações Finais

Por isso alguns pontos surgem desse debate sobre os significados do uso do véu no mundo muçulmano. O Primeiro deles é um pensamento contrário ao entendimento reducionista e generalista do véu como a forte de evidência da falta de liberdade das mulheres, por mais que nos coloquemos na direção oposta à imposição estatal. Analisar todo o universo a partir de um centro pressupõe compreender o agora como coisa imóvel.

Outra opinião versa sobre a liberdade religiosa, assegurada na constituição. O que significa a liberdade se aceitarmos a premissa de que os humanos são seres sociais, educados em certos contextos sociais e históricos e pertencentes a comunidades

13 – Cf. Christian JOPPKE – *The Role of the State in Cultural Integration...*, op. cit., pp. 2-4; José Pedro ZÚQUETE – “Novos Tempos, Novos Ventos?...” , op. cit., pp. 670-671.

privadas que dão forma a seus desejos e entendimentos do mundo? Trata-se de uma grande violação a liberdade das mulheres, impedirem que usem uma determinada roupa que compõe parte de sua religião, e, portanto cultura e, portanto identidade. Um país que se diz ser democrático, não poderia ser tão preconceituoso em matéria de religião.

Por último, imaginar liberdade de manifestação religiosa como um direito humano, e digno de países democráticos, pressupõe que na França há grave violação dos direitos humanos, na qual mulheres ficam impedidas de sair às ruas com uma determinada roupa, por esta roupa significar a submissão dela ao seu marido. Precisamos ter devido cuidado para não reduzir os diversos preceitos e ensinamentos que a religião muçulmana possui por preconceito. Precisamos ficar atentos e lembrar que em qualquer sociedade, sempre haverá pessoas que possuem hábitos diferentes dos hábitos compartilhados pela maioria da população. Talvez seja o momento adequado de deixar de lado a obsessão ocidental com o véu e até mesmo com o islã e prestar mais a atenção para assuntos que realmente mereçam nossa atenção.

Referências Bibliográficas

- APPIAH, Kwame Anthony. *Na casa de meu pai*. RJ: Contraponto, 1997.
- BENEDICT, Ruth. *O Crisântemo e a Espada*. Perspectiva, 1972. SP, p.168
- BLANCARTE, Roberto. *O porquê de um estado laico*. In: LOREA, Roberto Arriada (ORG). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Editora livraria do advogado. 2008.
- BUERGENTHAL, Thomas; NORRIS, Robert. *Human rights: the interamerican system*. New York: Oceana Publications, 1982.
- CORBÍ, Marià. *Conocer desde el silencio*. Santander: Sal Terrae, 1992.
- CORBÍ, Marià. *La religió que ve*. Barcelona, Claret, 1991.
- CORBÍ, Marià. *Proyectar la sociedad, reconvertir la religión*. Barcelona: Herder, 1992b.
- CORBÍ, Marià. *Viento de libertad. Lectura del Evangelio desde una sociedad sin creencias*. Barcelona: Llar del Llibre, 1994.
- Do muslim women really need saving? Anthropological relections on cultural relativism and its other*. *American Anthropologist*, v.104. issue 3, p.783-790, 2002a.
- EPICURO, *Carta sobre a felicidade*, Unesp, 2002.

HOBBSAWN, Eric J. *A Revolução Francesa*. Paz e Terra, 1996.

LAZREG, Marnia. *The Eloquence of Silence: Algerian Women in Question*. New York: Routledge, 1994.

MILL, J. S. *On liberty*. In: J. S. Mill, Col. *Great Books of the Western World*, vol. 43. Illinois: Enciclopédia Britânica, 1952.

PEÑA-RUIZ, Henri. *Histoire de la laïcité*. Genèse d'un idéal. Paris : Découvertes Gallimard, 2005.

SAID, Edward. W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

VOLTAIRE. *Tratado Sobre a Tolerância*. São Paulo: Escala, 2001

Internacionalização do Direito Penal: A luta contra o Terror

Alessandra Carvalho

Resumo

O artigo em destaque trata da internacionalização do Direito Penal, a definição de crimes internacionais e suas sanções. É analisada a cooperação penal internacional em todos os níveis, notadamente quanto ao combate ao terrorismo e seus meios de financiamento. São apresentados os principais grupos terroristas em atividade e as medidas adotadas pelos Estados para o combate ao terror.

Palavras-chave: Direito internacional penal. Financiamento do terrorismo. Cooperação jurídica em matéria penal.

Abstract

The feature article deals with the internationalization of criminal law, the definition of international crimes and their penalties. It analyzed the international criminal cooperation at all levels, especially regarding combating terrorism and its financing means. The main terrorist groups in operation and the measures taken by States to combat terror are presented.

Keywords: international criminal law. Financing of terrorism. Legal cooperation in criminal matters.

1. Introdução

O terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a segurança internacional e é motivo de preocupação para todos os países. É essencial a cooperação internacional para a adoção de medidas eficientes para prevenir, combater, punir e eliminar o terrorismo, pois graves danos econômicos, além da perda de vidas inocentes, podem resultar de atos terroristas.

Trata-se de um fenômeno cujo alcance tem acarretado grande preocupação à comunidade internacional. Grupos terroristas como o Al-Qaeda, Estado Islâmico, o

Talibã e Boko Haram possuem em comum a crueldade sem trégua, o tratamento brutal destinado aos opositores e a propaganda espetacular de suas práticas abomináveis.

Diante da violência gratuita e da barbárie perpetrada em atos como o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e os recente atentados ocorridos em Paris, que deixaram mais de uma centena de mortos, urge a adoção de medidas para impedir o entesouramento dos extremistas e prevenir suas ações contra a humanidade.

A problemática que pautou a gênese deste estudo é: como monitorar as formas de financiamento dos grupos terroristas à luz das normas internacionais e impedir o cometimento de seus delitos, diante dos distintos ordenamentos jurídicos de cada nação, respeitando a soberania dos Estados e o Direito Internacional Penal?

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica através da consulta à literatura sobre o tema. A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de *web sites*. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

2. Internacionalização do Direito Penal

A aplicação do Direito Penal é um exercício da soberania do Estado, entretanto a inexorável globalização da economia gerou, como não podia deixar de ser, uma criminalidade também globalizada e a necessidade da internacionalização do combate ao crime.

Os principais segmentos desta criminalidade globalizada são o tráfico internacional de entorpecentes, danos ambientais, crimes ligados à migração de contingentes populacionais e o financiamento de organizações terroristas. O recrudescimento da criminalidade organizada transcende as fronteiras dos países, o que legitima a intervenção do Direito Internacional Penal, com o intuito de responsabilizar penalmente os agentes e evitar a execrável impunidade. Conforme Bassiouni (2004, p. 153), os objetivos do Direito Penal Internacional são:

a) Fortalecimento dos valores universais da humanidade;

b) Garantia da paz por meio da aplicação de penas para responsabilizar os transgressores reduzindo a tendência à vingança privada;

c) Obrigar os Estados a reparar as violações sofridas pelas vítimas, através de indenizações pelos danos causados;

d) Produção de memória dos fatos julgados.

É importante ressaltar a relevância do conceito de “*jus cogens*”¹ para o aperfeiçoamento e a evolução do Direito Internacional Penal. É preciso observar a existência de regras internacionais inderrogáveis, exceto por outras da mesma espécie, que estabelecem o respeito aos direitos fundamentais pelos Estados, impedindo a realização de tratados contra a ordem pública internacional.

3. Conceitos e características do terrorismo

Conforme Delmas-Marty (2003, p.57), uma das características do terrorismo é a “despersonalização” da vítima e o seu conseqüente sacrifício para espalhar o medo e obrigar à sociedade determinado comportamento. As vítimas, via de regra, não possuem qualquer ligação com as atividades condenadas pelos terroristas.

De acordo com Cassese (2006, p.290), o terrorismo apresenta três elementos fundamentais:

- Os atos terroristas são ofensas criminais aos sistemas jurídicos nacionais, como assassinatos, incêndios, etc;
- Através da intimidação visam influenciar o governo;
- Possuem motivação política ou ideológica.

Em seu art. 2º a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo definiu as características gerais do terrorismo:

Artigo 2º:

Comete uma infração, nos termos da presente Convenção, quem, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, ilegal e deliberadamente, fornecer ou reunir fundos com a intenção de serem utilizados ou sabendo que serão utilizados, total ou parcialmente, tendo em vista a prática:

1 – Na Convenção de Viena o *jus cogens* é sinônimo de “norma(s) imperativa(s) de direito internacional geral” e essas normas são aquelas “aceita(s) e reconhecida(s) pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma(s) da(s) qual(is) nenhuma derrogação é permitida e que só pode(m) ser modificada(s) por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza” (art. 53).

a) De um ato que constitua uma infração compreendida no âmbito de um dos tratados enumerados no Anexo e tal como aí definida;

b) De qualquer outro ato destinado a causar a morte ou ferimentos corporais graves num civil ou em qualquer pessoa que não participe diretamente nas hostilidades numa situação de conflito armado, sempre que o objetivo desse ato, devido à sua natureza ou contexto, vise intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato.

No Brasil o artigo 5º, da Constituição Federal prevê:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (grifo nosso);

Já a Lei n. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), em seu artigo 20 prevê:

Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

4. Principais Grupos terroristas em atividade atualmente.

• **Al Qaeda:** nasceu nos anos 80 do século passado, com o objetivo declarado de defender o Afeganistão do domínio soviético. Apavorou o mundo em 2001, após o ataque às torres gêmeas do World Trade Center, em Nova York. Após este ataque Osama bin Laden, seu líder, tornou-se o homem mais procurado do mundo e terminou morto por forças americanas. Possui mais de 20 mil homens espalhados por vários países;

• **Al-Qaeda da Península Arábica:** é uma facção dissidente que age principalmente no Iêmen. Foi responsável pelo atentado à redação da revista Charlie Hebdo, em Paris. Possui um contingente pequeno, mas bem treinado;

- **Estado Islâmico:** nasceu de uma cizânia do Al Qaeda no Iraque em meados dos anos 2000 com o objetivo de expulsar os americanos do país e matar os xiitas, considerados traidores, além de estabelecer um governo de extremistas sunitas. A guerra civil na Síria possibilitou ao EI um crescimento exponencial após o domínio de várias cidades e campos de petróleo. Depois de devastar o país o EI proclamou um califado nas regiões sob sua influência. Seus métodos incluem decapitações e crucificações e sua eficiente propaganda o tornou o grupo terrorista mais conhecido do mundo na atualidade. Possui mais de 30.000 soldados, dos quais 20.000 são estrangeiros (aproximadamente 3.000 ocidentais) e dispõe de bilhões de dólares provenientes do tráfico de drogas e mesmo órgãos humanos;

- **Talibã:** o grupo extremista governou o Afeganistão de 1996 até 2001, mas foi apeado do poder pela coalizão liderada pelos EUA. Atualmente controla zonas carentes do país e do Paquistão. Para tentar retomar o poder promove sucessivos atentados terroristas contra militares e civis. Pretende impor a sharia, a lei islâmica, no território paquistanês. Uma de suas vítimas, Malala Yousafzai, que lutava pelo direito de estudar, ganhou o Prêmio Nobel da Paz. Em dezembro de 2014 efetuou um sangrento ataque a uma escola matando mais de 130 crianças;

- **Al Shabab:** surgiu em 2006, na famélica Somália, país em ruínas desde a guerra civil da década de 1990. Seu nome significa “A Juventude”, em árabe e sua pretensão é a implantação de um governo islâmico radical na região do Chifre da África. Seus recursos são oriundos da venda de drogas e da extorsão. Em 2013 atacaram o shopping Westgate, matando mais de 60 pessoas em Nairóbi, no Quênia. São combatidos pelos drones americanos;

- **Boko Haran:** atua na Nigéria desde 2002 e seu nome estranho significa “educação ocidental é pecado”. Seu lema é muito simples: qualquer comportamento anti-islâmico deve ser punido com a morte. Para alcançar seu objetivo espalha o terror por comunidades atacando escolas e matando alunos e professores. Estima-se que mais de 900 mil pessoas tenham deixado suas casas para fugir do grupo. Em 2014 sequestrou mais de 250 meninas numa escola e as transformou em esposas forçadas, convertidas ao islã. Não poupa sequer a vida de crianças, usadas em ataques suicidas;

- **Outras organizações terroristas:** existem outros grupos menos conhecidos, mas não menos brutais: a Frente Al-Nusra (Síria), Lashkar-e-Jhangvi (Paquistão), Jundallah (Irã), Al-Shabaab (Somália), Mujadihin do Decão (Paquistão), Anti-Balaka (República Centro-Africana), Movimento de Unificação Islâmica (Líbano), Forças Democráticas Aliadas (República Democrática do Congo) e Tigres do Tamil (Sri Lanka).

5. Financiamento do terrorismo

Ventura (2004, p. 23) declara que é nítida a ligação entre o terrorismo e o crime organizado. Segundo o autor as atividades criminosas financiam os atos terroristas:

“Os terroristas, para praticarem seus atentados, necessitam de fontes de financiamento. Assim, é importante a investigação financeira das práticas terroristas, com o intuito de bloquear contas e rastrear ativos de organizações terroristas. A complexidade de operações financeiras, envolvendo recursos oriundos de atividades ilícitas, exige o conhecimento dos técnicas utilizadas pelos terroristas para financiarem seus atos”.

Diversas fontes podem ser utilizadas para financiar o terrorismo: roubos, sequestros, chantagens, corrupção, contrabando, tráfico de drogas, falsificação de documentos, fraudes de cartões de crédito, etc.

Para combater o terrorismo é imprescindível estabelecer medidas severas contra a corrupção de agentes públicos, aumentar a fiscalização sobre o mercado de capitais para impedir o abuso de informação privilegiada passível de financiar o terrorismo e investigar doações a entidades sem fins lucrativos que possam ser desviadas para o financiamento do terror.

6. Medidas de combate ao terrorismo

Após os atentados terroristas do 11 de setembro de 2001, acentuou-se a preocupação em âmbito internacional, ampliando o debate acerca de medidas preventivas e estratégias para afetar a base financeira de tais grupos criminosos.

O Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução n. 1373, de 28 de setembro de 2001, prevendo que para combater o terrorismo os Estados devem:

- Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;
- Congelar recursos econômicos de pessoas e/ou entidades que perpetram atos terroristas ou facilitam o seu cometimento;
- Auxiliar-se mutuamente em matéria de investigação criminal relativos ao financiamento ou apoio a atos terroristas, acelerando o intercâmbio de informações;
- Evitar a concessão do status de refugiado a agentes que tenham participado da execução de atos terroristas.

A Resolução nº 2178, de 24 setembro de 2014, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas prevê diversas medidas para combater o terrorismo: controle de fronteiras, intercâmbio de informações quanto à movimentação de terroristas e ações de aprimoramento da cooperação internacional. De acordo com a resolução todos os Estados devem garantir que suas leis internas considerem como graves delitos a participação em atos terroristas, seu financiamento, planejamento e execução.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) determinou que o Regulamento n. 881/02 do Conselho, que estabeleceu medidas restritivas patrimoniais e o congelamento dos fundos de grupos terroristas ligados a Osama Bin Laden e ao Al Qaeda, não viola o jus cogens.

A Convenção Interamericana contra o terrorismo, da qual o Brasil é signatário, prevê em seu art. 4 e seguintes:

Artigo 4 - Medidas para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo:

1. Cada Estado Parte, na medida em que não o tiver feito, deverá estabelecer um regime jurídico e administrativo para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo e lograr uma cooperação internacional eficaz a respeito, a qual deverá incluir:

a) Um amplo regime interno normativo e de supervisão de bancos, outras instituições financeiras e outras entidades consideradas particularmente suscetíveis de ser utilizadas para financiar atividades terroristas. Este regime destacará os requisitos relativos à identificação de clientes, conservação de registros e comunicação de transações suspeitas ou incomuns;

b) Medidas de detecção e vigilância de movimentos transfronteiriços de dinheiro em efetivo, instrumentos negociáveis ao portador e outros movimentos relevantes de valores. Estas medidas estarão sujeitas a salvaguardas para garantir o devido uso da informação e não deverão impedir o movimento legítimo de capitais;

c) Medidas que assegurem que as autoridades competentes dedicadas ao combate dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 tenham a capacidade de cooperar e intercambiar informações nos planos nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno. Com essa finalidade, cada Estado Parte deverá estabelecer e manter uma unidade de inteligência financeira que seja o centro nacional para coleta, análise e divulgação de informações relevantes sobre lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Cada Estado Parte deverá informar o Secretário-Geral da

Organização dos Estados Americanos sobre a autoridade designada como sua unidade de inteligência financeira.

2. Para a aplicação do parágrafo 1 deste artigo, os Estados Partes utilizarão como diretrizes as recomendações desenvolvidas por entidades regionais ou internacionais especializadas, em particular, o Grupo de Ação Financeira (GAFI) e, quando for cabível, a Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), o Grupo de Ação Financeira do Caribe (GAFIC) e o Grupo de Ação Financeira da América do Sul (GAFISUD).

Artigo 5 - Embargo e confisco de fundos ou outros bens:

1. Cada Estado Parte, em conformidade com os procedimentos estabelecidos em sua legislação interna, adotará as medidas necessárias para identificar, congelar, embargar e, se for o caso, confiscar fundos ou outros bens que sejam produto da comissão ou tenham como propósito financiar ou tenham facilitado ou financiado a comissão de qualquer dos delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 desta Convenção.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 serão aplicáveis aos delitos cometidos tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte.

Artigo 6 - Delitos prévios da lavagem de dinheiro:

1. Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que sua legislação penal relativa ao delito da lavagem de dinheiro inclua como delitos prévios da lavagem de dinheiro os delitos estabelecidos nos instrumentos internacionais enumerados no Artigo 2 desta Convenção.

2. Os delitos prévios da lavagem de dinheiro a que se refere o parágrafo 1 incluirão aqueles cometidos tanto dentro como fora da jurisdição do Estado Parte

7. Locus delicti e cooperação jurídica penal

O terrorismo possui um caráter global e os atos terroristas abrangem diferentes jurisdições, o que acaba por afetar o locus delicti. Para solucionar este problema é que existe a tendência da internacionalização do direito penal no sentido de adotar o princípio da justiça universal, com o intuito de evitar que os terroristas escapem da persecução penal. Desnecessário ressaltar a relevância da cooperação jurídica penal internacional para a captura e extradição de terroristas.

A cooperação jurídica penal internacional compreende um conjunto de atividades processuais regulares, desempenhadas por órgãos jurisdicionais em matéria penal de diferentes Estados, que visam o desenvolvimento de um processo de natureza penal, dentro de um rigoroso marco de garantias, de acordo com o grau do auxílio requerido.

8. Conclusão

Em âmbito internacional, o desenvolvimento das medidas de persecução penal ao terrorismo e seu financiamento depende, principalmente, da superação do modelo ainda vigente no Direito Internacional. A tutela dos direitos humanos demanda providências para a punição dos responsáveis por violações graves, como as praticadas por terroristas, mesmo contra a vontade soberana de alguns Estados. Para uma efetiva proteção dos direitos humanos muitas vezes é preciso separar as razões jurídicas das de Estado. É importante ressaltar que o jus cogens possui grande relevância para o Direito Internacional Penal, ao estabelecer regras internacionais inderrogáveis, exceto por outras da mesma espécie, que instituem o dever de respeito aos direitos fundamentais pelos Estados. Para concluir, tendo em vista as graves consequências dos atos terroristas, é mister paralisar os recursos financeiros e outros ativos que financiam o terrorismo, através do estímulo à cooperação jurídica penal internacional, pois os Estados, isoladamente, não podem desenvolver estratégias de prevenção e repressão, razão pela qual é preciso fortalecer e incentivar a articulação internacional, especialmente por meio da harmonização legislativa.

9. Referências

BASSIOUNI, M. Cherif. *“International Criminal Justice in the Age of Globalization”*, International Criminal Law: Quo Vadis, AIDP, n.º. 19, 2004.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. LEI Nº 7.170, de 14 de dezembro 1983. *Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm>. Acesso em 25 nov. 2015.

BRASIL. DECRETO Nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005. *Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5639.htm> Acesso em 25 nov. 2015.

BRASIL. DECRETO Nº 8.530, de 28 de setembro de 2015. Dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 2178 (2014), de 24 de setembro de 2014, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que trata de combatentes terroristas estrangeiros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8530.htm>. Acesso em 25 nov. 2015.

BRASIL. DECRETO Nº 3.976, de 18 de outubro 2001. Dispõe sobre a execução, no Território Nacional, da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3976.htm. Acesso em 25 nov. 2015.

CASSESE, A. *Diritto internazionale*, Bologna, 2006. .

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UECE, 2002. Apostila.

RODRIGUES, Miranda e MOTA, Lopes da. *Para uma política criminal europeia*. Quadro e instrumentos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia, 2002.

VENTURA, João Paulo. *Terrorismo: da caracterização do fenômeno à reactividade proactiva. Polícia e Justiça. Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais*. Coimbra Editora, III série, n. 3, jan./jun. 2004.

Novo Código de Processo Civil: incoerência manifesta em tema no qual se poderia avançar muito

Marco Antonio Botto Muscari
Juiz de Direito Titular da 4ª Vara Cível do Jabaquara (São Paulo). Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Diplomado pela Escola de Formação de Governantes, vinculada à USP. Ex-Juiz Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo. Ex-Membro Efetivo do Conselho Supervisor dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito Damásio/DeVry.

Resumo

O presente artigo versa sobre específica incoerência do novo Código de Processo Civil Brasileiro. Embora tenha mantido a regra do efeito suspensivo das apelações, técnica que certamente não contribuirá para a agilização dos processos, o Código de 2015 criou a figura do **juízo antecipado parcial do mérito**, estabelecendo que, contra a decisão judicial respectiva, o recurso interponível é agravo de instrumento. Diante disso, teremos uma clara contradição em situações substancialmente iguais: quando parcela do mérito for antecipadamente julgada, a decisão de primeira instância produzirá efeitos desde logo, ainda que a parte sucumbente interponha recurso; quando a integralidade do mérito for julgada, a decisão de primeiro grau terá eficácia tolhida até que o tribunal julgue o recurso interposto pelo litigante derrotado.

Abstract

This article deals with specific inconsistency of the new Brazilian Civil Procedure Code. While keeping the rule of the suspensive effect of appeals, a technique that certainly will not contribute to accelerate our judicial process, the recent Code created the figure of partial summary judgment on the merits, stating that, against its judgment, the losing litigant can use “agravo de instrumento”. Therefore, we will have a clear contradiction in substantially similar situations: when a parcel of the merits is judged in advance, the lower court decision takes effect immediately, even if the losing party appeals; when the entire merit is judged, the decision has its effects suspended until the court of appeals decides the case.

No Ato nº 379/2009, que instituiu Comissão de Juristas encarregada de elaborar Anteprojeto de um novo Código de Processo Civil, o então Presidente do Senado Federal destacou que a razoável duração do processo adquirira “novo verniz” ao ser alçada à condição de garantia fundamental prevista constitucionalmente. Duração razoável do processo era, à época, preocupação central do Senador José Sarney.

No texto de apresentação do Anteprojeto, o Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas, registrou: “*Esse o desafio da comissão: resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere*”. Mais uma vez se percebe que celeridade era ideal de primeira grandeza.

Conscientes de que uma especialíssima causa da morosidade – talvez **a maior causa** da morosidade – dos processos em nosso País é o efeito suspensivo *ope legis* agregado às apelações, os membros da Comissão aprovaram o seguinte art. 908: “*Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. § 1º - A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso. § 2º - O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator*”.

Após exame no Senado, ficou assim redigido o art. 949: “*Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. § 1º A eficácia da decisão poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação, observado o art. 968. § 2º O pedido de efeito suspensivo do recurso será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator. § 3º Quando se tratar de pedido de efeito suspensivo a recurso de apelação, o protocolo da petição a que se refere o § 2º impede a eficácia da sentença até que seja apreciado pelo relator. § 4º É irrecorrível a decisão do relator que conceder o efeito suspensivo*”.

Na Câmara dos Deputados, depois de anos de tramitação, acabou sendo restaurado o efeito suspensivo automático das apelações, ressalvadas umas poucas exceções, tal qual prevê o Código de 1973. Eis o texto aprovado pelos Deputados Federais em março de 2014: “*Art. 1.025. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela antecipada; VI – decreta a interdição. § 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença. § 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la; II – relator, se já distribuída a apelação. § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação*”.

A guinada de 180 graus ocorrida na Câmara, relativamente ao Anteprojeto da Comissão de Juristas e ao texto aprovado no Senado da República, parece ter sido fruto da desconfiança quanto à qualidade das decisões proferidas em 1ª instância.

O Professor Antônio Cláudio da Costa Machado, por exemplo, registrou: *“Em recente manifestação pública, um desembargador afirmou que nada menos que 40% (quarenta por cento) das apelações são providas! A ideia de retirada do efeito suspensivo, portanto, não se sustenta. Pelo contrário, se apenas 10% ou 15% dos recursos interpostos prosperassem, daríamos, então, inteiro apoio a reforma, porque aí sim a eliminação do efeito suspensivo estaria em compasso com a realidade de que a imensa maioria dos demandantes tem razão. Aliás, na Europa ocidental, esta tem sido uma tendência, mas, no Brasil, onde quase metade dos apelantes acaba conseguindo demonstrar seu direito, a solução parece de todo exagerada e inoportuna, porque compromete o valor jurídico que se imiscui com o princípio do duplo grau de jurisdição: o direito do litigante de ver reapreciada a decisão que lhe é contrária antes dela ser cumprida”*.

Como não se declina o nome do “desembargador” ou o Tribunal em que sua excelência atua, nem tampouco se aponta a metodologia da “pesquisa” que concluiu haver 40% de reformas das sentenças, acaba sendo difícil, impossível mesmo, contrariar a afirmação do referido Docente. De todo modo, partindo da premissa de que o objetivo central dos idealizadores do novo Código era dar celeridade ao processo, ninguém há de negar que a Câmara Baixa andou mal ao manter a regra do art. 520 do Código de 1973.

Por conta das alterações na Câmara dos Deputados, o Projeto teve de retornar ao Senado e ali, em dezembro do último ano, aprovou-se definitivamente o seguinte texto, que não mereceu veto presidencial: *“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I – homologa divisão ou demarcação de terras; II – condena a pagar alimentos; III – extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV – julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V – confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI – decreta a interdição”*.

A esta altura, para aqueles que efetivamente esperavam e defendiam mais celeridade, resta apenas lamentar. Contudo, para além do lamento, cabe lançar luz sobre incoerência manifesta do novo Código de Processo Civil Brasileiro, relativamente à eficácia imediata ou diferida das decisões proferidas em 1º grau. Eis o propósito deste despretensioso trabalho.

O Código de 2015 inova ao prever o **juízo antecipado parcial do mérito**.

A partir de agora, poderá o juiz decidir antecipada e **parcialmente** o mérito quando um ou mais pedidos formulados, ou parcela deles: a) mostrar-se incontroverso; b) estiver

em condições de imediato julgamento, por desnecessárias provas adicionais ao seu exame (art. 356, I e II).

A novidade é muito bem-vinda, pois, não raro, quando analisa a resposta do demandado, o julgador verifica que uma parcela da controvérsia pode ser prontamente resolvida. Dou exemplo.

Queixando-se do saque de duplicata sem lastro, com ulterior protesto indevido do título, determinada empresa alega ter amargado danos morais e lucros cessantes decorrentes do abalo ao seu bom nome. Na contestação, a ré admite certo “descontrole” em sua área contábil, penitencia-se pelo saque da duplicata mercantil e concorda com o imediato cancelamento do protesto lavrado, mas sustenta que não estão demonstrados os danos materiais de que se queixa a autora-sacada (lucros cessantes).

Num caso como esse, claro está que a sacadora do título deve ressarcir os danos morais causados à autora, em quantia arbitrada pelo juiz, sem necessidade de outras provas.

Na hipótese figurada, a partir da vigência do novo Estatuto Processual Civil, poderá o magistrado apreciar desde logo o pedido de indenização por dano extrapatrimonial, deferindo em seguida a produção de provas (perícia contábil, por exemplo) destinadas à elucidação dos supostos lucros cessantes (dano material).

O **julgamento antecipado parcial do mérito** certamente contribuirá para a celeridade almejada.

Sigamos em frente.

O § 5º do referido art. 356 dispõe: “*A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento*”.

Aí reside a incoerência de que trataremos.

Agravos de instrumento não têm e não terão efeito suspensivo *ope legis* (arts. 995 e 1.019, I). Logo, independentemente do agravo que o demandado (seja réu, seja reconvido) interponha, poderá inaugurar-se desde logo a fase de cumprimento, inclusive sem prestação de caução (art. 356, § 2º).

Fica então a pergunta: por que, se a autora mencionada no exemplo houvesse pleiteado apenas ressarcimento de dano moral, e o juiz tivesse acolhido o pedido (julgamento antecipado do mérito), ter-se-ia de aguardar o julgamento da apelação interposta contra a sentença (sentença, pois não se cuidaria de julgamento antecipado

parcial do mérito), quiçá por anos, e a situação seria completamente distinta caso **igual indenização** fosse objeto de condenação **antecipada**?

Uma de duas: **ou** o legislador considera benéfica a executividade imediata dos pronunciamentos de 1º grau, **ou** não atentou para a manifesta incongruência existente no Diploma sancionado em março.

De todas as críticas que se fazem ao Poder Judiciário nacional, a mais frequente e justificada diz respeito a sua lentidão.

Quem lê o novo Código com espírito desarmado é incapaz de concluir, de modo seguro, que os processos tramitarão com maior rapidez a partir de março de 2016 (quando terminará a *vacatio legis*). Ao contrário...

O novo Estatuto tem inúmeras virtudes, mas dentre elas por cento não se encontra a adoção de mecanismos que permitam, como já se vaticinou, redução de até 70% na duração do processo.

Para quem vive a angústia da demora causada por vários fatores, restará essa pequena válvula de escape: sempre que possível, o juiz de 1ª instância deverá lançar mão do **juízo antecipado parcial do mérito**, com o que estará entregando tutela jurisdicional mais célere, tal qual determinam a Carta Maior (art. 5º, LXXVIII) e o novo Código de Processo Civil (art. 6º). Nesse caso, ainda que a parte sucumbente venha a agravar, o cumprimento imediato da decisão de 1º grau não será automaticamente obstado, ficando a critério do relator atribuir ou negar efeito suspensivo ao recurso. Diversamente do que ocorrerá se mesmíssimo pronunciamento for feito em sentença, quando a mera interposição de apelo será bastante para a parte perdedora retardar por meses ou anos o cumprimento da sentença.

Incoerência manifesta em tema no qual se poderia avançar muito...

Webgrafia

Ato do Presidente nº 379, de 2009, editado pelo Senador José Sarney. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015.

FUX, Luiz. *Um Novo Código de Processo Civil*. Texto de apresentação do Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *O fim do efeito suspensivo da apelação?* Disponível em: <http://www.professorcostamachado.com/o-fim-do-efeito-suspensivo-da-apelacao>. Acesso em: 15 de março de 2015.

Novo CPC irá reduzir em até 70% a duração do processo, prevê ministro Luiz Fux. Disponível em: http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99951. Acesso em: 15 de março de 2015.

O Abuso do Poder Econômico como *Causa Petendi* da Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo

Marco Antonio da Silva. É Advogado Eleitoral; Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos – UniSantos; Professor de Direito Constitucional da Universidade Paulista – UNIP; Professor de Direito Eleitoral da Escola Superior da Advocacia – ESA/SP; Secretário de Assuntos Jurídicos da Comissão Executiva Estadual do Partido Socialista Brasileiro – PSB de São Paulo; Coordenador da Coordenadoria de Ensino Técnico, Tecnológico e Profissionalizante do Governo do Estado de São Paulo; Conselheiro Suplente do Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana da Baixada Santista - CONDESB e Membro Titular da Comissão de Relações Internacionais da OAB/SP.

Resumo

O presente artigo versa sobre o abuso do poder econômico como causa de pedir da Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo. Trata do abuso do poder econômico como elemento poluidor do processo eleitoral trazendo suas formas características apontadas pela doutrina e jurisprudência. Versa sobre a relação entre a ocorrência do abuso econômico e o manejo da Ação Constitucional, bem como do objeto tutelado pela Ação e da efetividade do art. 14, § 10, da Constituição Federal, ainda que a norma constitucional esteja carente de regulamentação própria. Analisa a Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo como remédio apresentado pela Norma Magna para combater o desvirtuamento do processo eleitoral, seu desequilíbrio e garantir a higidez e a legitimidade do resultado do pleito.

Palavras-chaves: Direito Eleitoral. Abuso do Poder Econômico. Eleições. Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo. Poluição Eleitoral.

Abstracto

Este artículo trata sobre el abuso del poder económico como la causa de la acción constitucional del impugnación del mandato electivo. Lo abuso del poder económico como elemento contaminador del proceso electoral con lo que sus formas características indicadas por la doctrina y la jurisprudência. También se ocupa de la relación entre el abuso económico y la gestión de la Acción Constitucional, así como el objeto protegido por la acción y la eficacia del art. 14, § 10, la Constitución Federal, a pesar de la disposición constitucional que se carece de regulación propia. Analiza la acción Constitucional del impugnación del mandato electivo como un remedio presentado por Norma Magna para combatir la distorsión del proceso electoral y para asegurar la solidez y legitimidad de los resultados de las elecciones.

Palabras clave: Derecho Electoral. Abuso del Poder Económico. Elecciones. Acción Constitucional del Impugnación del Mandato Electivo. Contaminación Electoral.

1. Introdução

A República Federativa do Brasil vive o mais longo e sustentável período democrático. Com eleições periódicas os brasileiros já se acostumaram a escolher os seus representantes, em que pese o índice de alienação eleitoral nos diversos pleitos realizados no vasto território brasileiro, seja nas eleições gerais, seja nas eleições locais. Porém, algo desmotiva o cidadão quando o assunto é política, mas a democracia brasileira não está em crise.

Naturalmente, no Estado Democrático e Social de Direito as eleições devem ocorrer de maneira pacífica e livre, isto é, sem qualquer interferência ilícita na vontade do eleitor, para que assim não seja afetada a higidez do processo eleitoral e a soberania da vontade popular. Evitando-se o desvirtuamento do legítimo resultado do pleito.

A democracia convive com diversos elementos sociais, dentre eles com o sistema econômico vigente em cada Estado, bem como com a cultura econômica de cada povo. Os grupos de interesses e de Pressão são figuras presentes no processo eleitoral. O Poder econômico apresenta-se firmemente como elemento poluidor. A par disso, Hans Kelsen já analisava, ao seu tempo, em sua distinta obra “A Democracia”, a interface entre democracia e economia observando os sistemas econômicos, socialista e capitalista, com relação à democracia. Verifica-se, assim, a existência de umbilical relação entre o sistema de governo e o sistema econômico, ou melhor, entre o sistema democrático e os sistemas econômicos que notoriamente até pouco tempo rivalizavam.

Superada a fase do socialismo, ainda que existente em poucos Estados é notório que os partidos políticos, mesmo os socialistas, cresceram sob a égide do sistema capitalista e, por sua vez, o político passou a não mais se sobrepor ao econômico, especialmente no que se refere à concorrência pelo Poder Estatal.

Este sintético estudo aborda essa realidade em que o poder econômico cada vez mais influência a aquisição do poder político/estatal, especialmente nas disputas eleitorais. Seja pela importância dos investimentos em propaganda eleitoral; seja pela importância da contratação de pessoal; seja, ainda, pelos recorrentes abusos econômicos de diversas espécies que possuem o condão de influenciar, ou mesmo determinar, o resultado das eleições.

O Estado Democrático, quando também capitalista, possibilita a concorrência não só no mercado, mas, igualmente, nas disputas políticas. No socialismo concentra-se o

poder em determinada pessoa ou grupo, uma vez que o Poder político se sobreponha ao poder econômico; no capitalismo o poder político é o objeto da disputa, sendo o poder econômico um dos instrumentos mais eficazes de contribuição na escalada em busca do Poder político/estatal.

Com isso, os abusos econômicos em eleições no Brasil ocorrem desmedidamente e há décadas, desde a época em que o voto de cabresto perdeu intensidade.

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988 pode-se afirmar que os abusos econômicos continuam recorrentes, em especial nos quintões mais longínquos e pobres desta nação. Contudo, hodiernamente existem instrumentos jurídicos idôneos, efetivos e eficazes ao combate de tais abusos, sendo o de mais elevado grau a Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo.

Os abusos ocorrem porque o Estado Democrático possibilita em prestígio as liberdades, que o cidadão utilize dos instrumentos lícitos que estejam ao seu alcance para atingir suas pretensões. Deveras, o abuso do poder econômico é em linhas gerais abuso do direito – uso excessivo do que é aparentemente lícito –, pois todos possuem a possibilidade de investir em suas campanhas, mas a forma como o numerário é captado ou utilizado, bem como sua quantidade e origem, podem configurar o abuso ora tratado, podendo incidir, ainda, em razão de inobservâncias formais das normas de direito eleitoral, observando-se a gravidade das circunstâncias, sendo desnecessário a potencialidade para afetar a lisura e a normalidade das eleições, conforme preceitua o art. 22, XVI, da LC nº 64/90.

2. A configuração do Abuso do Poder Econômico

Fato comum em campanhas eleitorais é a omissão nas prestações de contas do fluxo financeiro, arrecadações e gastos, de candidatos. Deveras, a movimentação financeira de candidatos deve ocorrer através de conta corrente específica aberta em instituição financeira nos termos da legislação eleitoral.

Toda a movimentação financeira deve ser informada à Justiça Eleitoral mediante declarações de contas. Tais prestações são disponibilizadas à população como forma de controle social exercido pelo povo, uma vez que é prerrogativa do eleitor não só verificar às propostas do candidato, mas também sua vida pregressa, bem como suas fontes de “financiamento” de campanha.

A legislação articula procedimentos para gastos e arrecadações. Apenas a título de exemplo os pagamentos devem ser efetuados mediante cãrtulas de cheques vinculadas à conta corrente, com emissão de nota fiscal, bem como todos os gastos e recursos arrecadados, ainda que doações ou estimados, devem ser computados nas prestações

de contas dos candidatos a serem destinadas à Justiça Eleitoral como forma de controle judicial e social das arrecadações e despesas de campanhas (*accountability*).

Ocorre que, o candidato, muitas das vezes, seja em razão de seus “patrocinadores” não figurarem nas prestações de contas, seja em razão da utilização de dinheiro oriundo de fontes ilícitas ou vedadas², efetua subdeclarações, deixando, assim, de fazer constar parte ou, grande parte, dos recursos arrecadados e/ou das despesas realizadas.

Subdeclarações concernentes ao número de cabos eleitorais; despesas com combustível, propaganda, locação de imóveis, uniformes, alimentação e tantas outras são comuns e verificáveis pela incompatibilidade da propaganda realizada, dos instrumentos e mão-de-obra utilizados, em comparação com as arrecadações e gastos declarados.

Por essas razões, as prestações de contas parciais não podem ser tidas como insignificantes ou inúteis, pois necessárias ao exercício do controle social, bem como efetivam o princípio jurídico da transparência. As prestações de contas são instrumentos idôneos para observar flagrante desigualdade de oportunidades entre partidos políticos e candidatos. Aliás, tal desigualdade é facilmente observada empiricamente pelos eleitores quando do início do período de propaganda eleitoral, período este em que o poder econômico fica mais evidente.

Gilmar Ferreira Mendes ensina:

“A importância do princípio da igualdade está em que sem a sua observância não haverá possibilidade de se estabelecer uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático”. (MENDES, 2012, pag. 599)

As omissões quando oportunizada prestação de contas não podem ser encaradas como simples omissões. Em sede de prestação de contas é dever legal do candidato conforme preceitua a Lei 9.504/97 declarar circunstanciadamente sua movimentação financeira (gastos/arrecadações), razão pela qual omitir informação que é dever legal prestar consubstancia-se em mentir ou, mais tecnicamente, em falsidade ideológica eleitoral. Assim, fazer constar, em documento dirigido ao Poder Público, informação falsa enquadra-se na tipicidade penal eleitoral (crime eleitoral), bem como expressa intenso óbice à possibilidade de fiscalização das arrecadações e gastos dos candidatos e dos partidos políticos por parte dos próprios eleitores, bem como da Justiça Eleitoral.

2 – Considera-se fontes vedadas as indicadas no artigo 28 da Resolução TSE nº 23.406, artigo 24 da Lei Federal nº 9.504/97, tais como Entidade ou Governo Estrangeiro, concessionárias ou permissionárias de Serviço Público, entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas, órgão da administração pública direta ou indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público, dentre outras que as normas eleitorais prescrevem. A vedação do recebimento direto ou indireto de recursos de fontes vedadas, ainda que estimável, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, atinge não só ao candidato, mas também aos Partidos Políticos e Coligações.

O delito de falsidade ideológica eleitoral está prescrito no art. 350 do Código Eleitoral. Vejamos:

Art. 350. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:

Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada

Importante consignar que o abuso do poder econômico não ocorre somente em razão de excessos nos gastos com a campanha eleitoral. Aliás, este caso restringe-se, no mais das vezes, a superação dos limites de gastos deliberados pelas convenções partidárias, ou pelas Comissões Executivas por delegação das convenções, e declarados à Justiça Eleitoral no momento dos registros de candidaturas, nos termos do art. 17-A da Lei Federal nº 9.504/97, bem como do art. 18 da mesma norma alterada pela Lei nº 13.165/15. Recorrente é o abuso econômico em razão da captação ilícita de recursos e de gastos quitados em espécie para que não sejam contabilizados.

Contudo, os Tribunais Eleitorais reconhecem ser caso de abuso econômico os gastos suntuosos com campanha eleitoral, ainda que a arrecadação seja lícita e formalizada e os gastos sejam lícitos e formalizados. Tais arrecadações estão ligadas diretamente a afronta do princípio da igualdade ou da desigualdade de oportunidades entre os participantes do processo eleitoral.

A suntuosidade da campanha eleitoral acaba por desequilibrar sobremaneira a concorrência que, quanto mais igualitária em oportunidades proporciona maior possibilidade dos eleitores conhecerem todos os candidatos e partidos políticos tendo, assim, maiores condições de exercer o direito de discriminar.

“Gilmar Ferreira Mendes faz perfeita distinção entre o princípio da igualdade de chances e o princípio da igualdade eleitoral. Nesta linha, a igualdade atribuída aos partidos políticos é formal, ainda que temperada, pois tratamento absolutamente idêntico levaria a distorção de concorrência, das forças políticas e sociais, o que afrontaria o princípio da neutralidade do Poder Público”. (MENDES, 2012, pag. 602-603)

Mesmo que ao Estado não seja pertinente fazer equiparação ficta entre Partidos

Políticos e candidatos, é de competência do Estado evitar o abuso do Poder Econômico, uma vez que o Ente Político possui impessoalidade e dever fundamental de repelir grupos que instrumentalizem a tomada do Poder Estatal de forma ilegítima³.

Deveras, o direito eleitoral é o braço do direito constitucional ao qual incumbe o regramento dos processos e procedimentos de ascensão aos mandatos eletivos, bem como de destituição deles.

Para caracterização do ilícito é necessário que se demonstre relação direta entre os fatos realizados e o desequilíbrio ocorrido. Pode-se tomar como exemplo pequeno Município em que determinado candidato contrata considerável número de eleitores para trabalharem na condição de cabos eleitorais o que, sem sombra de dúvidas, desequilibraria a disputa em uma espécie de compra de votos mascarada, pois evidente que há interferência, ainda que apenas psicológica, na liberdade do eleitor que se vê vinculado ao candidato que o contratou.

Nesse sentido é o entendimento do C. Tribunal Superior Eleitoral:

Recurso Especial. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Contratação de parcela significativa do eleitorado. Abuso de poder econômico. Caracterização. Nexo causal. Desnecessidade. Precedentes. A utilização de recursos patrimoniais em excesso, públicos ou privados, sob poder ou gestão do candidato em seu benefício eleitoral configura o abuso de poder econômico. O significativo valor empregado na campanha eleitoral e a vultuosa contratação de veículos e de cabos eleitorais correspondentes à expressiva parcela do eleitorado configuram abuso de poder econômico, sendo inquestionável a potencialidade lesiva da conduta, apta a desequilibrar a disputa entre os candidatos e influir no resultado do pleito. A comprovação do nexos de causalidade no abuso de poder econômico é desnecessária. Precedentes (TSE, Respe nº 191868, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 04/08/11, DJE 22/08/11, p. 14)

Nas palavras de Eneida Desiree Salgado:

“Ao construir a sua opção política, ao decidir seu voto, o eleitor está exposto não apenas às propostas dos candidatos e às diretrizes programáticas dos partidos políticos, mas a inúmeros outros fatores que condicionam sua escolha”. (SALGADO, 2009, pag. 44)

3 – A discussão acerca do abuso econômico como violação dos princípios da igualdade e republicano já chegou ao Supremo Tribunal Federal. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4650 – com a pretensão de alcançar a declaração de inconstitucionalidade de normas eleitorais que possibilitam a doação por pessoas jurídicas a partidos políticos e a campanhas eleitorais. Como resultado o STF posicionou-se pela inconstitucionalidade das normas que permitiam doações empresariais, pois estas desvirtuam e desequilibram o processo eleitoral.

Esses inúmeros fatores que condicionam a escolha do eleitor, com exceção das propostas dos candidatos e dos programas partidários, caracterizaram verdadeira poluição eleitoral. Isto é, o processo eleitoral para que seja puro deve ter seu resultado sustentado tão somente pelas propostas dos candidatos e programas partidários. Mas, não é o que ocorre.

É evidente que o abuso do poder econômico pode levar determinado candidato a obter êxito em sua pretensão eleitoral. Aliás, hodiernamente é difícil pensar no êxito eleitoral de candidato que não disponha de recursos mínimos para dar supedâneo à sua candidatura, ainda que existam exceções, estas estão fundadas em aspectos outros como o voto de protesto ou a extrema exposição pretérita do candidato pelo fato de ser um jogador famoso ou artista televisivo, por exemplo⁴.

Olivar Coneglian conceitua abuso do poder econômico como:

“(...) é o uso exagerado de recursos financeiros, o uso de recursos financeiros que consiga, por si só, provocar um desequilíbrio entre os candidatos. Por abuso do poder econômico entende-se, pois, qualquer atitude em que haja uso de dinheiro em quantidade evidentemente excessiva e que venha em detrimento da liberdade de voto, com potencialidade para perturbar o resultado das eleições.” (CONEGLIAN, 2012, pag. 180)

No acórdão nº 28.387 do E. Tribunal Superior Eleitoral de relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito, julgado em 19.12.2007 e publicado no DJ de 4.2.2008 sua excelência assentou que: *“O abuso de poder econômico implica desequilíbrio nos meios conducentes à obtenção da preferência do eleitorado, bem como conspurca a legitimidade e normalidade do pleito”*.

O combate ao abuso do poder econômico faz parte das garantias eleitorais instituídas por Lei. Desta forma, prescreve o *caput* do art. 237 do Código Eleitoral: *“A interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”*.

Isso em razão do sistema democrático. Assevera J. J. Gomes Canotilho que *“A democracia pode ser entendida fundamentalmente como forma ou técnica processual de selecção e destituição pacífica de dirigentes”*. (CANOTILHO, 2003, pag. 291)

Segundo Marco Antonio da Silva:

4 – Em razão dessas distorções o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.165/15 que “Altera as Leis nos 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.

A eleição é uma realização instrumental organizada pela Justiça Eleitoral objetivando a escolha de mandatários em dia e hora fixados pela legislação mediante ato solene, sendo, portanto, o principal instrumento da democracia constituindo a via pela qual se efetiva o princípio constitucional insculpido no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, a saber: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...)*”. (SILVA, 2014, pag. 90)

Esclarecendo o conceito de Povo assevera Fábio Konder Comparato:

“Na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político”. (COMPARATO, 2013, pag. 263)

É por isso que o abuso é caracterizado, no mais das vezes, pelo aliciamento ilegítimo do corpo eleitoral limitando, por conseguinte, a liberdade do eleitor, bem como a igualdade da disputa. Muitas vezes o voto é tratado como verdadeira mercadoria.

Nesse diapasão, afirma Pedro Henrique Távora Niess:

(...) não condena a Constituição a influência do poder econômico no pleito eleitoral. O exercício do poder é lícito, tanto que é regulado. É a má influência, a excessiva intervenção do poder econômico que deve ser coibida: recusa-se a sua influência na normalidade e legitimidade das eleições. (NIESS, 1996, pag. 24)

Para Tiago Menezes Conceição:

Ocorre que, na complexa sociedade contemporânea, os processos políticos de decisão sofrem ingerências diversas dos grupos com poder político de fato, muitas vezes vinculado ao poder econômico. (CONCEIÇÃO, 2012, pag. 90)

Importante destacar que a compra de votos não se confunde com o abuso do poder econômico. Isto é, a compra de voto ocorre mediante pagamento pecuniário e diretamente ao eleitor constituindo crime, ao passo que, o abuso do poder econômico ocorre de forma indiscriminada e, não necessariamente, com distribuição de dinheiro, mas geralmente com distribuição de benesses e uso exagerado de dinheiro, com potencialidade de interferir no resultado da eleição.

Isso porque não é qualquer gasto que caracteriza o abuso, sendo necessário o dispêndio de numerário que afete a isonomia entre os participantes do processo eleitoral. Em outras palavras, é necessário para caracterização do abuso de poder econômico,

em regra, a configuração da gravidade das circunstâncias que o caracteriza, sendo irrelevante se o fato potencialmente alterou o resultado das eleições, conforme dispõe o art. 22, XVI, da LC nº 64/90.

Nesse contexto, Eneida Desiree Salgado afirma:

Por conta da noção de potencialidade – entendida por Emerson Garcia como a “*probabilidade de que o ato tenha prejudicado a normalidade do pleito*” – o TSE afasta a configuração de abuso em condutas isoladas e o distingue da captação ilícita de sufrágio⁵. (SALGADO, 2009, pag. 48)

O abuso do poder econômico não se caracteriza apenas pelos gastos, mas também por arrecadações irregulares. Assim, em havendo doações de fontes vedadas (art. 24 da Lei 9.504) ou, ainda, doações que, mesmo não sendo oriundas de fontes vedadas, mas estejam acima do teto estipulado ocorrerá o abuso.

Outrora, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504) em seu artigo 23, §1º, I, somente autoriza doações de pessoas físicas até o limite de 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano que antecede à eleição, ao passo que, em seu artigo 81, §1º, disciplina que a pessoa jurídica pode efetivar doações até o patamar de 2% de seu faturamento bruto do ano anterior a eleição. Faturamentos estes devidamente declarados a Receita Federal.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, por 8 votos a 3, julgou inconstitucionais os dispositivos normativos que regulavam as doações empresariais estando, portanto, vedadas já para as eleições de 2016⁶.

Nesse sentido é o magistério de Marcelo Santiago de Padua Andrade ao afirmar que: “*Não apenas a origem dos recursos, mas também o volume das doações e o total de valores gastos no pleito eleitoral são controlados pelas normas eleitorais*”. (ANDRADE, 2013, pag. 122)

Quem comete abuso do poder econômico atenta dolosamente contra a lisura e a normalidade da eleição ferindo, desta forma, os princípios da transparência, igualdade e da moralidade das candidaturas, bem como interesses transindividuais. Não é por outro

5 – Importante anotar que o abuso do poder econômico tem caráter geral ou genérico, sendo conceito jurídico indeterminado, podendo, portanto, assumir contornos a depender do caso concreto, ao passo que, a captação ilícita de sufrágio é sinônimo do que popularmente se conhece como “compra de voto”, possuindo, assim, caráter individual, isto é, o bem ou oferta oferecida deve ser pessoal. Na captação ilícita de sufrágio o beneficiário precisa ser necessariamente o eleitor, sob pena de não haver ameaça ou lesão ao bem jurídico tutelado.

6 – Votaram favoravelmente a proibição das doações empresariais os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Dias Toffoli, Luís Barroso, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Como resposta, o Congresso Nacional editou norma, que dentre outras regulações, permitiria as referidas doações por pessoas jurídicas, mas a Presidência da República vetou o dispositivo autorizador originário que constava na atual Lei Federal nº 13.165/15. Porém, tramita no Congresso Nacional Projeto de Emenda à Constituição que pretende permitir/constitucionalizar as doações empresarias para as campanhas eleitorais.

motivo que a constatação do abuso do poder econômico pode levar a inelegibilidade do candidato.

Por essa razão, a “pseudo prestação de contas” é algo repudiável pelo sistema jurídico. E esse tipo de prestação de contas fica evidenciado quando da incompatibilidade da campanha do candidato com os valores realmente declarados. Nesse sentido:

“Primo ictu oculi, a configuração do abuso de poder econômico na instância regional decorreu da incompatibilidade entre os dados da movimentação financeira na prestação de contas e a quantidade de material, de mão-de-obra e de muros utilizados na realização da propaganda eleitoral. Não se prende, portanto, à mera ausência de autorização dos proprietários de tais muros. Também em sede de cognição sumária, o TRE/PR, na análise da potencialidade da conduta para desequilibrar o resultado do pleito, fundamentou-se na quantidade de muros pintados, na sua localização e no seu acesso ao público, além de considerar a própria diferença de votos entre o candidato eleito e seu suplente. Decidir contrariamente ao que consignado no acórdão regional demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em sede de recurso especial, por incidência da Súmula-STJ nº 7, assim como também o é na via da ação cautelar. Nesse entendimento, o Tribunal negou provimento ao agravo regimental. Unânime. AAC 2.408/PR, rel. Min. Felix Fischer, em 12.6.2008. (Info. nº 19, ano X)

3. A Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo e o Abuso do Poder Econômico.

Em razão dos interesses afetados surge a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo como um instrumento pertinente para combater abusos. Ação de natureza constitucional que pode ser ajuizada quando ocorrer um dos três atos jurídicos relevantes: a) abuso do poder econômico; b) corrupção e; c) fraude. É a exata medida do que preceitua o artigo 14, § 10, da Constituição Federal, norma fundante da ação em comento. Vejamos o que consta no texto normativo: *“O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de 15 dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”*.

Objetiva a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo propiciar a perda do mandato do político, em razão do reconhecimento judicial da incidência, no caso concreto, de uma das ilicitudes previstas no art. 14, § 10, da Constituição Federal. A ação constitucional visa tutelar o direito político do cidadão, mas não ataca a diplomação, pois esta função cabe ao Recurso Contra Expedição do Diploma, sendo o ato da diplomação termo inicial para a contagem dos quinze dias e pressuposto processual de validade da ação, bem como requisito para prestação jurisdicional. O prazo para o ajuizamento da ação tem natureza decadencial.

Ensinam Carlos Mário da Silva Veloso e Walber de Moura Agra:

“A diplomação é o ato mediante o qual a Justiça Eleitoral habilita os candidatos eleitos e seus suplentes a exercer seus respectivos mandatos, através de ato solene, em que se reconhece o resultado das eleições e possibilita ao eleito assumir seu cargo com a posse”. (VELOSO, 2012, pag. 335)

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo apresenta-se como remédio constitucional eleitoral de combate efetivo do abuso econômico. A ação visa combater o comprometimento da legitimidade da Eleição, sendo, portanto, instrumento da cidadania, motivo pelo qual seu manejo é gratuito, nos termos do art. 1º, IV, da Lei Federal nº 9.265/96. Sua tramitação ocorre em segredo de justiça, por força do que prescreve o art. 14, § 11, da Constituição, mas seu julgamento é público.

Sobreleve-se, que mesmo que o abuso seja cometido por terceiro na medida em que beneficia determinado candidato este que deverá ser parte passiva da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Ademais, segundo a lógica jurídica que adotamos sendo o mandato do partido político este deve figurar na condição de litisconsorte passivo necessário e, sendo o réu eleito para cargo escolhido pelo sistema majoritário, seu vice ou suplentes deverão integrar o polo passivo na condição de litisconsortes passivos necessários, bem como os partidos políticos aos quais estejam filiados.

Contudo, há a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a constatação da ocorrência do abuso do poder econômico. Não se pode olvidar que critérios objetivos costumam propiciar maior segurança jurídica, não substituindo, assim, a objetividade da norma pela excessiva subjetividade do julgador, ainda mais quando o tema tratado é tão relevante, pois a procedência da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo acarreta a desconstituição do Mandato daquele que efetivamente saiu vencedor do processo eleitoral e, por consequência, a perda do mandato eletivo, motivo pelo qual um julgamento equivocado pode ilegitimamente modificar o resultado pretendido pelo Povo.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Santiago de Padua Andrade:

“Com efeito, a constatação do abuso de poder econômico passa, via de regra, pelo desrespeito às regras que regem os pleitos eleitorais previstos na Lei n. 9.504/97, no Código Eleitoral e nas resoluções editadas pelo TSE para vigerem em cada pleito eleitoral. De fato, é o respeito às normas eleitorais o primeiro critério a ser considerado para julgar se determinada conduta subsume-se ou não à ideia de abuso de poder, posto que é o padrão normativo dado pelas regras eleitorais vigentes que dão o norte a constatação do abuso punível na forma do art. 14, §10, da CF/88.” (ANDRADE, 2013, pag. 116)

A maior crítica ao manejo da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo é a ausência de normatização infraconstitucional. Deveras, não há norma regulamentadora do disposto constitucional. A Constituição Federal limita-se a tratar do prazo decadencial para a propositura da ação, da má-fé no manejo da ação, da necessidade de instrução mínima da inicial, do Poder Judiciário especializado para processar e julgar a demanda, bem como da tramitação em segredo de Justiça. Ausentes maiores especificações e não havendo lei específica que regulamente as normas constitucionais instalou-se a celeuma.

Nesse sentido, assevera Marcos Ramayana:

“A falta de regramento subconstitucional sobre o rito processual, legitimados os recursos cabíveis, enseja toda sorte de descrédito, tornando extremamente dificultosa a declaração de nulidade do mandato eletivo, obtido pelo abuso do poder econômico ou político, pelas fraudes eleitorais e pela corrupção”. (art. 299 do Código Eleitoral). (RAMAYANA, 2009, pag. 467)

Afirma Joel J. Cândido:

“Os juízes, de modo geral, que não tinham posição sobre o assunto, receberam orientação dos tribunais no sentido de dar o rito ordinário do Processo Civil à ação. Outros tantos adotaram, sem censura, as pioneiras lições de Tito Costa sobre o assunto. Só alguns poucos, por acaso ou por convicção, receberam as ações dando-lhes o mesmo rito da Lei das Inelegibilidades, antes referido”.

Grande foi a polêmica. De início optaram os Tribunais Eleitorais por acatarem a aplicação do Código de Processo Civil, que passou a ser fonte processual imediata, deixando de lado seu nítido caráter subsidiário no que tange o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral.

Contudo, referida solução não se mostrou a mais adequada. Isso porque contrariava o princípio eleitoral da celeridade. Princípio este que é de suma importância, pois os mandatos possuem termo inicial e final, motivo pelo qual uma demanda regradada pela legislação processual civil acarretava, no mais das vezes, a perda do objeto do processo em razão do término do mandato. Sendo assim, os procedimentos eleitorais devem ser obrigatoriamente submetidos ao princípio da celeridade, sob pena de ineficácia da Ação Constitucional.

Por essa razão, o C. Tribunal Superior Eleitoral pois fim a questão. Por meio da Resolução nº 21.634/2004, da Relatoria do Ministro Fernando Neves, o Tribunal assentou:

1. O rito ordinário que deve ser observado na tramitação da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, até a sentença, é o da Lei Complementar nº 64/90,

e não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente. 2. As peculiaridades do processo eleitoral – em especial o prazo certo do mandato – exigem a adoção dos procedimentos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório e da ampla defesa.

A Resolução, portanto, pois fim as controvérsias, restando claro que se aplica a Ação Constitucional de Impugnação do Mandato Eletivo o rito do art. 3º e seguintes da Lei Complementar nº 64/90, resguardado o que disposto diretamente pela Constituição.

Ainda que inexistente norma própria regulamentadora do art. 14 §10, da Constituição Federal, não se pode negar a efetividade da norma constitucional. Isso porque o Constituinte agiu com o devido senso de realidade, observou boa técnica na formulação da norma, assim como deixou clarividente as ilicitudes que pretende evitar e o bem jurídico tutelado.

Luís Roberto Barroso ensina que:

“Efetividade, em suma, significa a realidade do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”. (BARROSO, 2013, pag. 243)

O art. 14, § 10, da Constituição é, ao nosso sentir, norma constitucional de eficácia plena de aplicabilidade imediata, pois apresenta elementos suficientes e definidores do interesse tutelado estando, portanto, dotado de auto-aplicabilidade.

Importante anotar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado nº 88 de 1997, apresentado em 13 de maio de 1997, de autoria da Comissão de Constituição e Justiça, originariamente Proposta de Emenda à Constituição nº 53 de 1995, apresentada em 14 de setembro de 1995, de autoria do Senador Roberto Requião. A propositura dispõe sobre a Ação Constitucional de Impugnação de Mandato Eletivo, porém não prosperou até o momento, bem como não apresenta solução a antiga controvérsia já bem definida e pacificada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

4. Conclusão

Desta forma, o combate ao abuso do poder econômico deve ser eficaz, pois sua ocorrência é repudiável, mas sua constatação deve ser certa para que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo seja legitimamente julgada procedente, sob pena do Poder Judiciário interferir ilegitimamente no resultado do pleito o que afrontaria os princípios da estabilidade dos mandatos eletivos e da soberania popular.

Mas, evidentemente, se os fatos narrados na petição inicial impactaram o processo eleitoral ilícitamente, enquadrando-se como caso de abuso do poder econômico, o Poder Judiciário não deverá permanecer inerte e prontamente deverá intervir visando salvaguardar a igualdade entre os candidatos e a higidez e legitimidade da eleição.

5. Referências

ANDRADE, Marcelo Santiago de Padua. *Ação de Impugnação de Mandato Eletivo*. Barueri: Minha Editora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. *Democracia Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria Geral do Estado*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14ª ed. ver. atual. e ampl. Bauru: Edipro, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fidelidade Partidária e Impeachment*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda Eleitoral*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed.

Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à Justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3º ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12º ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. VIGLIAR, José Marcelo Menezes Vigliar. *Código Eleitoral Interpretado*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*. Trad. Peter Naumann. 3ªed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Ação de impugnação de mandato eletivo*. Bauru, SP: Edipro, 1996.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2011.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBL FILHO, Ilton Noberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social*. Trad. Pietro Nassetti. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Iniciação na Ciência do Direito*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALGADO, Eneida Desiree. *A influência do Poder Econômico nas Eleições e a Impugnação de Mandato. Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral*. – v. 1. N. 1. Vol. 4. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27^o ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Constitucionalismo Brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Marco Antonio da. *Direito Eleitoral Internacional do Mercosul e o Estado Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Santos. Santos, 2014.

_____. NIARADI, George Augusto. *Parlamento do Mercosul: Perspectivas para a constituição de um Direito Eleitoral Comunitário*. Revista Jurídica Logos – Ano 7, nº 7, jun. 2014 – São Paulo : Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, 2014.

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e Declínio do Estado*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VELOSO, Carlos Mario da Silva. AGRA, Walber de Moura. *Elementos de Direito Eleitoral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O Papel da Perícia Psicológica no Contexto Jurídico

Alcione Aparecida Messa

Resumo

A Psicologia Jurídica é a área da Psicologia em interface com o Direito e consiste na aplicação dos conhecimentos psicológicos às questões do mundo jurídico. A realização de perícias, estudos profundos e criteriosos que apresentam informações sobre dados emocionais e psicológicos considerados na decisão judicial, é uma das atividades do psicólogo jurídico. O laudo psicológico é o documento derivado deste estudo, importante ferramenta para o magistrado na compreensão sobre funcionamento das pessoas e processos psicológicos envolvidos no caso, ajudando a evitar erros nas decisões que podem acarretar grande sofrimento psíquico e danos aos envolvidos. É fundamental que haja a colaboração de profissionais especialistas a realizar estudos psicológicos específicos para fins jurídicos, possibilitando uma decisão fundamentada.

Palavras-chave: perícia psicológica, laudo, Psicologia Jurídica.

Abstract

The Forensic Psychology is the area of Psychology that interfaces with the Law and it is the application of psychological knowledge to the questions of the legal world. The conduct of expertise, as depth studies and insightful presenting information about emotional and psychological data considered in the court ruling, is one of the activities of the legal psychologist. The psychological report is the document derived from this study, an important tool for the judge to understand the people functioning and psychological processes involved in the case, helping to prevent errors in decisions that can cause great psychological distress and damages to those involved. It is fundamental to have the collaboration of professional experts to undertake specific psychological studies for legal purposes, enabling a grounded decision.

Key-words: Psychological expertise, report, Forensic Psychology.

1. Introdução

A Psicologia tem constituído sua interface com o Direito em diversas áreas com o intuito de oferecer subsídios para a resolução de conflitos judiciais, formando

diagnósticos e fornecendo informações para abrandar controvérsias de um caso. Na tentativa de atender às necessidades e demandas de todos os envolvidos nos processos, o Poder Judiciário procura obter um panorama completo de informações relacionadas às histórias de vida, origem, motivações e causas de um conflito. Para tanto, é fundamental a colaboração de profissionais especialistas para realizar as investigações necessárias, possibilitando uma decisão fundamentada em uma maior gama de instrumentos e dados.

A perícia psicológica é um estudo profundo e criterioso que apresenta informações sobre dados emocionais e psicológicos que devem ser considerados no momento de decisão judicial. O laudo psicológico é o documento derivado deste estudo e constitui uma importante ferramenta para o magistrado compreender o funcionamento das pessoas e processos psicológicos envolvidos no caso.

O psicólogo apresenta um material relevante para decisões de processos de guarda de filhos e adoção, por exemplo. É indispensável na detecção dos processos subjetivos em contextos como situações de trabalho, conflitos familiares e sociais.

Segundo Cruz e Maciel (2005), a perícia psicológica consiste num meio de prova consubstanciada em processos judiciais. Passa a constar nos autos, compondo documentos que indicam estruturas e conteúdos subjetivos no panorama do sistema legal, privilegiando aspectos afetivos e sociais das relações humanas como importantes componentes da resolução jurídica.

2. A perícia psicológica nas diferentes situações jurídicas

A perícia é um meio de prova, em que pessoas qualificadas tecnicamente são nomeadas para analisar fatos juridicamente relevantes à causa examinada. O exame psicológico em perícias psicológicas tem o intuito de investigar a estrutura e dinâmica de personalidade, inteligência, maturidade mental, funções neurológicas, aspectos emocionais, motivações e comportamentos, focando o interesse entre as características do periciando e sua situação processual.

“Em processos relacionados a questões trabalhistas, a perícia tem caráter de vistoria. O objetivo é demonstrar evidências de danos relacionados às condições laborais através da avaliação das condições de trabalho (exigências, cargas e riscos) e o comprometimento nos processos psicológicos (alterações perceptivas, cognitivas e afetivas) oriundos dessa prática. O dano psicológico pode ser caracterizado pela identificação de alguns elementos ou um conjunto de aspectos comportamentais. Pode se apresentar como a alteração do comportamento ou das competências cognitivas e relacionais, restrição nas relações afetivas, constrangimento e desconforto, limitação do

grau de autonomia do sujeito, perda ou diminuição da autoestima, insegurança, presença de estresse prolongado, diminuição na qualidade de vida e reatividade fisiológica”. (CRUZ E MACIEL, 2005).

“Nas Varas de Infância e Juventude, os estudos psicológicos são referentes aos casos de adoção e alocações em lares substitutos, abrigos, internação e desinternação” (EVANGELISTA, 2000). Casos de violência ou abuso envolvendo crianças incitam intenso sofrimento emocional e demandam a avaliação do psicólogo, no sentido de determinar medidas de preservação da vida psíquica das vítimas, por exemplo. A perícia relacionada ao dano psíquico pode descortinar novas dimensões do caso, cuja perícia de danos físicos não foi suficiente para detectar. Não significa a prova determinante de ocorrência de fatos traumáticos, mas deve contribuir consideravelmente como um importante componente nas investigações.

Em relação aos casos que envolvem questões de família e infância, a perícia funciona como um *“exame que se caracteriza pela investigação e análise de fatos e pessoas, enfocando-se os aspectos emocionais e subjetivos das relações entre as pessoas, estabelecendo uma correlação de causa e efeito das circunstâncias, e buscando-se a motivação consciente (e inconsciente) para a dinâmica familiar do casal e dos filhos”* (SILVA, 2003, p. 6). As perícias psicológicas auxiliam na determinação de questões relativas à guarda dos filhos e regulamentação de visitas com o intuito de garantir o melhor convívio para a criança (CASTRO, 2003).

Quando a perícia envolve crianças, comum nos casos familiares, é necessário que elas sejam preservadas. Para Maciel (2002) os cuidados e rigores que são necessários a uma situação de perícia envolvendo menores devem ser intensificados, pois podem implicar diretamente no desenvolvimento global da sua personalidade, tanto para prejudicá-la como para contribuir para um desenvolvimento mais funcional, dependendo de como é conduzida a perícia psicológica.

No âmbito penal, as perícias podem auxiliar as decisões quanto à imputabilidade do indivíduo, quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado (TRINDADE, 2010). O perito atuando em casos de julgamento de réus comprometidos mentalmente funciona como um tradutor da linguagem psicológica para a jurídica, harmonizando e amenizando as incongruências entre as categorias legais e o contexto psicológico, traduzindo as informações psicológicas em um escopo compreensível aos profissionais do ambiente jurídico.

As pessoas que são submetidas à perícia podem mentir sobre fatos, ocultar detalhes, modificar situações e comportamentos, ou mesmo apresentar defesas inconscientes com a intenção de ganhar a causa, resolver o conflito ou se livrar de uma punição (CASTRO, 2003).

2.1. O perito psicólogo

Ao requerer a realização de uma perícia psicológica, o juiz entende a ação do psicólogo perito em diagnóstico e investigação de processos internos, mensagens conscientes e inconscientes dos envolvidos e familiares. Apesar de a perspectiva ser de investigação, espera-se uma resposta a uma determinada situação-problema. Através de instrumentos específicos, o psicólogo deve atuar com neutralidade, fornecendo subsídios à decisão judicial e amenizando o desgaste emocional gerado por situações de conflito.

O encaminhamento é feito a profissionais especializados que tem conhecimento técnico científico que contribua no esclarecimento de aspectos imprescindíveis para o procedimento processual, de modo a comprovar a veracidade de certo fato ou circunstância.

Sendo assim, torna-se necessário que o perito tenha amplos conhecimentos teóricos sobre áreas afins, envolvidas genuinamente nas questões humanas, como Direito, Psicopatologia Forense, Medicina Legal, Antropologia e Criminologia com o intuito de abarcar toda a complexidade que a situação pericial significa e exige do especialista. Isso permite que o periciando seja examinado em seus aspectos biopsicosociais antes de uma sentença ou definição legal (EVANGELISTA, 2000).

O Código de Ética do Psicólogo dita normas e regras referentes à conduta do psicólogo em sua prática profissional. Uma das características principais da prática profissional do psicólogo é o sigilo em relação ao material subjetivo da pessoa que se encontra sob seus cuidados, bem como detalhes sobre o andamento do processo psicoterapêutico. A atenção a esse cuidado é indispensável, por respeito à relação terapêutica e à condição exposta do indivíduo em questão.

Em seu artigo 23, parágrafo 1, o Código ressalta que o psicólogo deverá tomar precauções para relatar somente o necessário para o esclarecimento do processo nos casos de perícia. É vedado ao psicólogo ser perito, avaliador ou parecerista nas situações em que seus vínculos pessoais ou profissionais (atuais ou anteriores) possam afetar a qualidade do trabalho a ser realizado e a fidelidade aos resultados da avaliação. O pano de fundo dessa prática é a preservação da integridade psicológica da pessoa, sempre que possível, principalmente quando se trata de crianças.

Isso significa que o psicólogo que trata um indivíduo não deve ser o mesmo profissional nomeado para perito. Deve-se evitar o duplo vínculo em função das limitações de cada caso. No caso do exercício da profissão, as informações devem ser sigilosas e deve haver um cuidado com o vínculo. No caso da atuação como perito, as informações são transmitidas ao juiz.

O Código de Ética do Psicólogo ressalta que, no caso das perícias, o psicólogo deve se restringir aos limites da demanda, preservando os direitos do examinando. Deve agir com absoluta isenção limitando-se à exposição do que tiver conhecimento através do seu trabalho e não ultrapassando os limites das informações necessárias à tomada de decisão.

O psicólogo poderá participar de audiências, trazendo esclarecimentos para a promotoria, juízo e partes, referindo-se ao seu próprio laudo ou sobre transtornos psíquicos. Sendo o psicólogo nomeado pelo Juízo ou pelas partes deverá pautar sua atuação em princípios éticos, com técnicas apropriadas ao caso, mantendo acima de tudo o sigilo profissional. Além dos princípios técnicos e éticos, os documentos psicológicos devem atentar para o rigor de sua cientificidade.

Já o assistente técnico da área da Psicologia trabalha como um consultor; é um profissional autônomo contratado pela parte para reforçar sua argumentação no processo judicial e complementar o estudo psicológico feito pelo perito. Apesar disso, deve atuar de acordo com os princípios da ética profissional, evitando uma visão parcial, fornecendo informações que servem acima de tudo para subsidiar a decisão do juiz.

2.2. A realização da perícia e laudo

Evangelista (2000) aponta os passos para a prática do exame psicológico pericial. A princípio é necessária a leitura e o estudo dos elementos contidos nos autos do processo, por se tratar de um material que apresenta informações importantes do periciando e de todos os envolvidos. É importante buscar entender o motivo da solicitação do exame, que indica a natureza da ação e os procedimentos e materiais a serem utilizados.

O psicólogo deve realizar entrevistas de natureza clínico-pericial, quantas forem necessárias, com o periciando e demais envolvidos, desde as mais abertas, até as mais estruturadas, baseadas nos quesitos do Direito e da ação processual. Além disso, poderá selecionar, aplicar e mensurar as provas psicológicas, no caso da utilização de testes (EVANGELISTA, 2000).

Quanto às técnicas empregadas na perícia, o profissional optará pela linha teórica e o material que desejar para esse processo, incluindo entrevistas e testes. Os testes psicológicos são instrumentos específicos e configurados em um determinado formato, com o intuito de mensurar características de comportamento, personalidade e condições psicológicas em um todo dinâmico ou apenas algumas partes. Podem ser objetivos ou subjetivos, sendo os primeiros baseados em uma caracterização universal e o segundo configurado segundo características da singularidade do sujeito.

Com o material coletado, inicia-se a análise e interpretação dos dados com

vistas ao contexto judicial, envolvendo a complementação das informações obtidas nas entrevistas, testes e observações relacionados com a natureza da perícia judicial.

O final do processo é a elaboração do laudo ou parecer judicial, que deve estar orientado aos objetivos judiciais, apresentando respostas claras, diretas e objetivas aos quesitos, quando houver.

Segundo o Manual de Elaboração de Documentos decorrentes de Avaliação Psicológica (Resolução do Conselho Federal de Psicologia no 030/2001 de 1o de dezembro de 2001), a palavra laudo é originária do latim *laud-is* e significa mérito, valor, glória. Constitui-se em um documento conciso, minucioso e abrangente que visa relatar, analisar e integrar os dados colhidos no processo de avaliação psicológica para subsidiar ações, decisões e encaminhamentos. Deve ter a seguinte estrutura básica:

Identificação: referente aos dados básicos do indivíduo avaliado, tais como nome, data de nascimento, idade, escolaridade, filiação e profissão;

Descrição da demanda: apresentação das informações referentes a motivos, queixas ou problemáticas apresentadas, esclarecendo as ações, decisões ou encaminhamentos que o laudo deverá subsidiar;

Métodos e técnicas utilizadas: referente à descrição dos recursos utilizados e dos resultados obtidos;

Conclusão: apresenta uma síntese do diagnóstico e/ou prognóstico da avaliação realizada e/ou encaminhamentos relacionados à demanda.

“O laudo pericial visa fornecer dados que auxiliem a decisão do juiz, pois a avaliação psicológica, nesse caso, é um elemento importante no processo judicial. Somente o juiz detém o poder decisório e pode oferecer a solução da causa. O psicólogo fornece o material elaborado pelas avaliações para subsidiar a decisão do juiz, que ainda assim, poderá desconsiderar as conclusões periciais na sua tomada de decisão”. (TRINDADE, 2010).

3. Considerações finais

A visão do Direito como disciplina isolada vem sendo superada com a contribuição de outras áreas de conhecimento para o esclarecimento de suas demandas. A prática da perícia enfatiza a interface entre a Psicologia e o Direito, concretizando a colaboração que pode haver no âmbito das resoluções legais e do comportamento humano.

O auxílio pericial de base psicológica visa, acima de tudo, facilitar a compreensão de conteúdos subjetivos e auxiliar a compreensão acerca de traços de personalidade, características psicológicas e motivações aos diversos atos.

Além de traduzir as questões emocionais em conflito nas questões jurídicas, o estudo psicológico indica a condição emocional de um indivíduo, ajudando a evitar erros nas decisões que podem acarretar grande sofrimento psíquico e danos às pessoas envolvidas direta ou indiretamente.

Referências

CASTRO, L. R. F. *Disputa de guarda e visitas: no interesse dos pais ou dos filhos?* São Paulo, Casa do Psicólogo, 2003.

CÓDIGO DE ÉTICA DO PSICÓLOGO. Disponível em: http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo_etica.pdf. Acesso em 11/05/2015.

CRUZ, R. M., MACIEL, S. K. *Perícia de danos psicológicos em acidentes de trabalho. Estudos e Pesquisas em Psicologia*, UERJ, ano 5, n. 2, 2005.

EVANGELISTA, R. *Algumas considerações sobre as perícias judiciais no âmbito Cível*. Revista Imesc, n. 2, p. 51-57, 2000.

MACIEL, S. K. *Perícia psicológica e resolução de conflitos familiares. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Psicologia*, 2002. <http://www.tede.ufsc.br/teses/PPSI0080.pdf>. Acesso em 25/09/2009.

SILVA, D. M. P. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: a interface da Psicologia com o Direito nas questões de família e infância*. São Paulo, Casa do Psicólogo, 2003.

TRINDADE, J. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. São Paulo, Livraria do Advogado, 2010.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Luiz Antônio de Souza

Promotor de Justiça do Meio Ambiente (designado para a Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos do Ministério Público de São Paulo); Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Professor Assistente-Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor do Damásio Educacional e da Faculdade de Direito Damásio; Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, do COGEAE – Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da PUC/SP e dos Cursos de Pós-Graduação do Damásio Educacional. Autor de artigos e obras nas áreas de Tutela Processual Coletiva, Tutela de Direitos Difusos e Coletivos, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito do Consumidor.

I. Introdução

A palavra princípio tem o significado de origem, começo, causa primária, fonte, regra, preceito fundamental, daí porque os princípios são tidos como verdades primárias, verdades fundamentais, núcleo fundamental a orientar toda a compreensão, interpretação e aplicação.

Princípio é a essência originária, e não se pode confundir-lo com valor. Muitas vezes ambos são utilizados de forma indistinta como tendo o mesmo conteúdo semântico. Todavia o equívoco é evidente porque *“enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que ‘vale’, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização”*¹. Nesse sentido, o valor sofre influência de componentes históricos, pessoais, sociais, varia no tempo e espaço e está sujeito a regras de interpretação, enquanto o princípio se impõe sem qualquer alternativa de variação, afigurando-se um axioma inexorável.

Nessa linha de idéias, no sentido de que o princípio é universal, podemos afirmar que o princípio tem fundo religioso, no sentido de ligar o ser humano àquilo que é divino, daí porque cabe a todo operador do Direito assumir o importante papel social que tem, e para tanto deve reconhecer o princípio como um bem maior, absoluto, incontornável e que recebeu um conteúdo da história humana².

Dentre os princípios, um se apresenta absoluto. Trata-se da intangibilidade da pessoa humana, cujo respeito se faz imprescindível para o desenvolvimento, para o bem maior da humanidade, cuja implementação deve se concretizar dia a dia nas relações e na vida das pessoas.

1 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, Saraiva, 2002, 1ª edição, p. 5.

2 – Idem, p. 6.

Para tanto, imprescindível se faz a força dos aplicadores do Direito, que devem estar cômnicos do seu papel social, de modo que a vida humana possa refletir, no plano material, a plenitude espiritual. E essa é a função do princípio. Obrar para que a vida material espelhe na sua inteireza a plenitude divina.

Os princípios vêm sendo cunhados ao longo dos tempos, numa lenta evolução. Como adverte Rizzatto Nunes, os princípios estão fincados na experiência histórica da humanidade e na sua evolução científico-filosófica, sendo irradiação da evolução humana. Todavia, apesar dessa evolução, o mundo vivencia, atualmente, verdadeiras situações de barbárie, isso por conta dos milhões de pessoas que não detêm mínimas condições de vida (digna).

Os fatos (o ser) registram uma situação de pouco avanço, às vezes de quase estagnação. Todavia é possível identificar uma evolução do dever-ser, isso porque, por detrás dos fatos, vislumbram-se elementos normativos do progresso e da razão humanos³. E o aspecto mais palpável dessa evolução é o reconhecimento atual e incontestável de que um sistema jurídico, para ser legítimo, deve estar fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Esse reconhecimento foi lento, feito à custa de atrocidades perpetradas na história da humanidade, especialmente aquelas ocorridas na Segunda Guerra Mundial, que é um marco indiscutível de barbárie. O segundo conflito mundial, em razão da violação aos direitos mais fundamentais da pessoa humana, impôs um novo modelo ético-jurídico, uma nova razão ético-jurídica-universal, a qual é *“é fundada na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, na aquisição da igualdade entre as pessoas, na busca da efetiva liberdade, na realização da justiça e na construção de uma consciência que preserve integralmente esses princípios”*⁴.

Enfim, os princípios, muitos deles construídos à custa do sofrimento da humanidade, ocupam posição de destaque no ordenamento, isso porque o regramento jurídico foi delineado, construído sob sua inspiração, à sua sombra, repousando nos princípios a gênese de toda a construção jurídica elaborada pela humanidade.

Os princípios são vagos, têm caráter geral, detêm certa imprecisão, ou seja, têm eles uma configuração aberta, superlativa, eis que hospedam as diretivas pelas quais deve se orientar o ordenamento jurídico e o aplicador das normas.

Em razão da conformação genérica, abstrata e do sentido vago com que se apresentam, alguns autores sustentam ser difícil, e até mesmo impossível, a aplicação

3 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, Manual de Introdução ao Estudo do Direito, Saraiva, 5ª edição, 2003, p. 168.

4 – Idem, p. 169/170.

dos princípios, o que apenas ocorreria em situações concretas excepcionais. E a razão para essa compreensão, além da própria vagueza e abstração de seus enunciados, que parece distanciar-los das situações concretas, reside, no nosso caso, na própria formulação do ordenamento brasileiro, especialmente o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, regra repetida no artigo 126 do Código de Processo Civil.

Esses dispositivos assinalam que na omissão da lei deve o juiz usar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A ordem estabelecida nos dispositivos sinaliza, ou pelo menos sugere que haveria uma hierarquia na utilização dos institutos. Omissa a lei, a interpretação deveria ser conduzida primeiramente pela analogia e os costumes, por último pelos princípios gerais de direito, ordem que teve apoio da doutrina e jurisprudência pátrias. Todavia, essa não é a compreensão correta a respeito do tema.

Os princípios, consoante discorre Rizzatto Nunes⁵, são, dentre as formulações deonticas de todo sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do Direito, mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam.

Todo aplicador do Direito, portanto, deve levar os princípios em consideração ao apreciar e aplicar normas jurídicas existentes no sistema, porque estão no ápice do universo ético-jurídico, regendo, estabelecendo, influenciando no conteúdo e alcance das demais normas.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ assinala que o *“princípio - ... - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”*

É fundamental, pois, o papel que os princípios exercem. Isso porque servem de catalisadores, de condutores, de vetores, ou seja, são a veia mestra que represa os conteúdos parciais e, num trabalho de harmonização, lhes dá sentido único, coerente com o sistema jurídico em que inseridos.

5 – Idem, p. 163/164.

6 – Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 15ª edição, 2003, p. 818.

Esse caráter dos princípios foi revelado pelo inesquecível Miguel Reale⁷:

“Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários”.

Essa compreensão dá a nítida idéia do papel fundamental dos princípios, que participam no sistema como balizas normativas, orientando e estruturando as demais idéias e normas jurídicas, orientando a direção interpretativa a ser conferida. São, em suma, elementos norteadores, fios condutores na interpretação e solução das questões.

Como descreve Carmen Lúcia Antunes Rocha, *“o Princípio é o Verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”*⁸.

II. Normatividade, incidência, função e utilidade dos princípios

O ordenamento jurídico não é integrado exclusivamente por regras jurídicas, mas principalmente por princípios, que são os pilares fundamentais, as premissas de todo o sistema.

O pensamento jurídico atual reconhece que os princípios, assim como as regras, fazem parte do ordenamento jurídico. Em outras palavras, os princípios se afiguram normas de direito, normas jurídicas⁹.

Portanto, os princípios de um determinado direito constituem, estruturalmente, normas jurídicas, daí porque se pode concluir que norma jurídica é gênero, que alberga, como espécies, regras e princípios jurídicos.¹⁰

7 – Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, Saraiva, 11^a edição, 1986, p. 60.

8 – Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1994, p. 21.

9 – Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Editora UnB, 10^a edição, 1999, p. 158/159: *“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”*

10 – Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Malheiros Editores, 5^a edição, 2000, p. 114.

Todavia, é preciso deixar bem patente, como se colhe na lição de Roberto Alexy, que enquanto as regras, normalmente, são razões definitivas, ou razões para as ações, os princípios são “razões *prima facie*”, ou razões para as normas¹¹.

Em resumo, a regra é geral, todavia tem sua aplicação restrita àquelas situações (atos ou fatos) para cuja regulação foi editada. O princípio também é geral, todavia sua aplicação é irrestrita, não vinculada, podendo ser aplicado a uma série indefinida de situações.

A interpretação das normas jurídicas, portanto, não se verifica se for desconsiderado um princípio. Os princípios figuram como tábua interpretativa e condutora de toda interpretação, conseqüentemente da aplicação da norma.

Rizzatto Nunes¹² adverte que a influência, a incidência dos princípios é real, efetiva e concreta, não figurando apenas no plano abstrato do sistema. Toda norma, para se determinar o seu sentido, tem que sofrer a incidência dos princípios, como exigência da influência plena e direta. Em outras palavras, o princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que foi posto para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Inclusive, o fato de ostentarem abstração e generalidade, antes de configurar um problema pela natural dificuldade de concretização, revela, por outro lado, a sua virtude, isso porque a sua abertura, a sua amplitude permite o perfeito amalgamento à situação concreta, ajustando-se ao momento histórico e à situação real, permitindo um alto grau de precisão na sua aplicação.

Nesse sentido colhe-se o pensamento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins¹³ ao assinalarem que “*certas normas, na medida em que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, vão perdendo densidade semântica, elas ascendem para uma posição que lhes permite sobrepair uma área muito mais ampla. O que elas perdem, pois, em carga normativa, ganham como força valorativa a espraiar-se por cima de um sem-número de outras normas*”.

11 – Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, apud Walter Claudius Rothenburg, obra citada, p. 24: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Para tanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível ...”.

12 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, obra citada, p. 164.

13 – Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1988, volume 1.

Também assim o ensinamento de Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁴: “A indeterminação dos conceitos havidos nas normas que expressam princípios, permite que estes sejam interpretados segundo o momento histórico e sua ambiência em dado local e segundo a disposição ideológica do povo pelo qual é aceito e assumido juridicamente”.

Quanto à função, Norberto Bobbio¹⁵ sintetiza que eles têm a mesma função cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Embora seja essa a função básica dos princípios, Paulo Bonavides¹⁶ formulou classificação, com base em reflexões feitas por F. de Castro, Trabucchi e Norberto Bobbio, na qual aponta três funções relevantes que apresentam na ordem jurídica: fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Segundo Ruy Samuel Espíndola¹⁷, a função fundamentadora, em síntese, significa que as normas que se contrapõem aos núcleos de irradiação normativa assentados em princípios constitucionais, no contraste normativo estabelecido, perdem a validade ou vigência.

A função interpretativa significa que os princípios são vetores que orientam o trabalho interpretativo e as soluções jurídicas.

A função supletiva, por outro lado, significa que os princípios realizam verdadeira integração, suplementando os ‘vazios’ regulatórios da ordem jurídica ou ausências de regulação.

III. Os princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são os mais importantes dentro do arcabouço normativo. Eles representam os pilares fundamentais que dão sustentação ao sistema jurídico, norteando a sua compreensão e aplicação.

Os princípios constitucionais são normas qualificadas, eis que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das demais normas jurídicas em geral. Além disso, há neles um excepcional fator aglutinante, porque dão coesão ao sistema jurídico. Assim, devem sempre funcionar como um vetor para o intérprete, tanto que o jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve, preliminarmente, alçar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam, isso porque nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio

14 – Obra citada, p. 36.

15 – Obra citada, p. 159.

16 – Paulo Bonavides, obra citada, p. 254-255.

17 – Obra citada, p. 72/73.

constitucional¹⁸.

Inclusive, como vimos, os princípios têm natureza normativa. E tal ocorre também com os princípios constitucionais. Estes têm normatividade jurídica, e, como qualquer outra norma com significação de direito, detêm imperatividade, vinculabilidade e aplicabilidade.¹⁹

Portanto, os princípios constitucionais são verdadeiras supranormas, que ocupam hierarquia superior às próprias normas positivadas e às normas costumeiras.²⁰ Em outras palavras, os princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Constituem, hoje, verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico, normas preñhes de direito, vetores dos sentidos hermenêuticos da ordem jurídica.

IV. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana e a sua inserção nas Constituições contemporâneas resultaram de uma lenta e longa evolução.

Apenas como referência histórica, na Grécia Antiga, embora conhecida como o berço da democracia, apenas a elite (os cidadãos) detinha direitos e poder político, participando nas decisões do Estado a respeito de assuntos de caráter público. Também assim ocorreu em Roma, em que a condição de povo se estendia a uma pequena parcela de habitantes.

Esses povos conheceram e praticaram a escravidão, que implicava na privação do estado de liberdade dos indivíduos, aos quais não eram concedidos quaisquer direitos.

Apesar de o Cristianismo ter inaugurado um novo pensamento, eis que pregava a igualdade essencial entre os homens, aspirando a uma fraternidade universal, a escravidão perdurou, tanto que ao final do Império Romano o Imperador Constantino proibiu a crueldade contra os escravos.

A escravidão, depois, ressurgiu com força no período das navegações, o que

18 – Obra citada, p. 171; aqui o jurista lembra o pensamento de Geraldo Ataliba, que, a respeito do tema, assim sintetizou: “... princípios são linhas-mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas-mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências” (República e Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 6-7).

19 – Ruy Samuel Espíndola, obra citada, p. 88, inspirado em Cármen Lúcia Antunes Rocha, acrescenta que “essa é a característica do Direito Constitucional contemporâneo: a de haver estabelecido, teórica, dogmática e normativamente, a dignidade jurídica dos princípios assentados, expressa ou implicitamente, na Constituição. Essa característica, vale salientar, foi construída a partir da idéia de que a Constituição é lei, é norma de direito, e de que seus enunciados têm força de direito, força normativa, valem como normas, como normas das normas, normas de normas (norma normarum)”.

20 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, obra citada, p. 172.

mereceu censura do Papa Paulo III através da bula *Sublimis Deus*, de 1537 e assim perdurou até vingar os movimentos abolicionistas do século XIX.²¹

Todavia, não só a escravidão obrou contra a igualdade e dignidade humanas. Essa condição foi reinante durante a Idade Média, também no Estado Moderno e Estado Liberal, especialmente no período do absolutismo monárquico, e tal estado de coisas contribuiu para o desencadeamento das revoluções liberais, destacando-se a Revolução Francesa, quando então o respeito aos direitos dos homens veio a lume na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789.²²

Todavia, o acontecimento que realmente deflagrou o processo de inserção da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos foi a Segunda Guerra Mundial. Tal ocorreu por conta da necessária reação às atrocidades da era Hitler e pela necessidade de se restaurar o valor da pessoa humana.

Atualmente os ordenamentos vêm inserindo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, reconhecendo o ser humano como o centro e o fim do direito.

O nosso atual Diploma Constitucional considera a dignidade da pessoa humana como o principal direito fundamental, ao considerar que o Estado Democrático de Direito que institui tem nela um dos seus fundamentos essenciais (artigo 1º inciso III da Constituição Federal).

1. O conteúdo do princípio

Jesus Gonzalez Perez, sobre a pessoa humana, destaca²³: *“El hombre destaca de toda la naturaleza, aparece como un ser superior al universo material. Dotado de inteligencia y libertad, está más allá de la Naturaleza y de la Historia. La libertad pertenece a la esencia del hombre. A diferencia de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, el hombre tiene un fin propio que cumplir por propia determinación. No existe sólo de un modo biológico, antes bien, hay en él una existencia más rica y más elevada; superexiste igualmente en conocimiento y en amor. El hombre no es su existencia, sino que la existencia es suya; lo que el hombre es no consiste en el decurso de su vida, y su vida es allende el pasar y el quedar. En su virtud, el hombre puede modificar el ser suyo de la vida”*.

21 – Edilson Pereira Nobre Júnior, O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Revista de Direito Administrativo nº 219, jan/mar 2000, p. 237-251.

22 – Edilson Pereira Nobre Junior, no trabalho referido, acentua que *“É preciso deixar claro que o liberalismo não plasmara a concepção de que a dignidade da pessoa humana constituísse incumbência do Estado, até porque a felicidade do indivíduo estaria mais garantida quanto mais este estivesse imune à ação estatal. Isso explica o motivo pelo qual a idéia em foco ganhou maior relevância com o Estado Social, porque na sociedade moderna a pessoa depende, de maneira mais intensa, das prestações a cargo do Poder Público”*.

23 – Jesus Gonzalez Perez, La Dignidad de La Persona, Editorial Civitas S.A., Madrid, Primera edición, 1986, p. 23-24.

Apoiado em Lacambra Legaz, revela que *“El valor de la persona (...) consiste, por lo pronto, en ser más que el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida, y esta superación, este dominio, es la raíz de la dignidad de la persona”*.

Sobre a dignidade da pessoa, considera: *“En palabras de San Agustín, ‘nada hay más poderoso que esta criatura que se llama la mente racional, nada más sublime que ella; lo que está sobre ella, ya es el Creador’ (em Ioannis Evangelium tractatus, 23, 6) (...) Precisamente por esta supremacia del hombre en el mundo, todos os hombres son iguales em dignidad. (...) Precisamente, ‘la igualdad de los hombres consiste en que teniendo todos la misma naturaleza, están llamados todos a la misma eminente dignidad de hijos de Dios”*.

Sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, afirma²⁴: *“La palabra persona referida al hombre cambia de sentido con la concepción católica de la igualdad esencial de los hombres y que lleva a que, desde muy pronto, se le distinga como expresión de la especial dignidad propia de todo hombre, como ser racional y creado a imagen y semejanza de Dios”. “El hombre – dirá Santo Tomás – se dice hecho a imagen de Dios ... tanto que él mismo es principio de sus obras, como teniendo libre albedrío y potestad sobre sus obras” (S. Th., I-II, Prolog.). “Por eso – comentará García López – la persona es un fin en si misma, nunca es medio. Las cosas son medios, y están ordenadas a las personas, a su beneficio; pero las personas, aunque se ordenen en cierto modo unas a otras, nunca están entre si en relación de medio a fin; reclaman un absoluto respeto y no deben ser instrumentalizadas nunca. Al fin y al cabo son hechuras inmediatas de Dios, imágenes suyas, y en esto consiste la dignidad o nobleza características de la persona”*.

Nessa linha de pensamento, pondera que não podemos olvidar a origem divina da dignidade humana, eis que somente assim garantiremos o respeito devido a ela. Apoiado novamente em Lacambra Legaz, diz que *“el Estado no podrá intervenir en lo que afecta a la libertad y a la dignidad humana, nacidas de su origen divino, y que, por tanto, antes pertenecen a Dios que al Estado”*. E valendo-se dos ensinamentos de Osorio, assinala que *“Si el hombre no es imagen de Dios (...) y si las relaciones humanas no reciben la inspiración divina del orden, fácilmente degeneran en el culto a la ley del más fuerte y en la negación de la dignidad”*.²⁵

Luiz Antonio Rizzatto Nunes²⁶ diz que esse conceito, que foi elaborado ao longo da história da humanidade, chega ao século XXI repleto de si mesmo, como um valor supremo, construído pela razão jurídica. Nesse sentido, afasta qualquer conotação que possa levar à relativização do conceito, salientando que a dignidade é um princípio pleno

24 – Ibidem, p. 27-28.

25 – Obra citada, p. 29-30.

26 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, O Princípio Constitucional da Dignidade Humana, p. 46.

e absoluto que não se presta a condicionamentos.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana resulta de uma conquista da razão ético-jurídica, calcada, é certo, no sofrimento da humanidade por conta das atrocidades, especialmente por conta do sofrimento imposto pela dominação nazista.

A dignidade, pois, é atributo natural da pessoa humana; decorre simplesmente do fato da pessoa existir, é da sua essência, nasce com a pessoa por ter sido feito à imagem e semelhança divina. É o reflexo mais próximo no mundo material da dignidade divina, por sermos filhos do Criador.

2. Aplicação concreta do princípio

2.1 Igualdade entre os homens

Edílson Pereira Nobre Junior, com base na sistematização formulada por Joaquín Arce Y Flórez - Valdés²⁷, aponta a igualdade entre os homens como um dos reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana²⁸: *“A consagração da dignidade da pessoa humana (...) implica em considerar-se o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento, que não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de se manifestar, a princípio, de modo diverso ante a duas pessoas”*.

Em razão dessa compreensão, assinala duas importantes consequências²⁹:

“De logo, (...) a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém, a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada ...”

“Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade. Inviável, portanto, qualquer distinção de direitos entre os nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania”.

27 – Na obra Los principios generales Del Derecho y su formulación constitucional, Madrid, Editorial civitas, 1990, p. 149.

28 – Trabalho referido, p. 241.

29 – Idem, p. 241.

2.2 Dever social

Tendo em conta a sua natureza de supraprincípio que sobrepára, habita e ilumina todos os demais princípios e normas jurídicas, a dignidade da pessoa humana é vetor fundamental que deve orientar os operadores do Direito. E tendo em conta o seu papel social, cabe a eles, na interpretação e aplicação das normas jurídicas, fazê-lo sob inspiração desse princípio, aplicando-o e dando-lhe concretude em todas as situações, o que importa, para tanto, reconhecer e assegurar, a todos os indivíduos, os direitos básicos fundamentais estabelecidos na Carta Constitucional.³⁰

E é a própria Constituição Federal que aponta esse direcionamento ao erigir a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e exigir tal patamar para que a pessoa tenha dignidade no meio social.

E essa obrigação de garantir à pessoa humana um patamar mínimo de direitos e recursos, um mínimo existencial, para que viva com dignidade é função essencial do Estado.³¹

2.3 Limite à autonomia da vontade

A autonomia da vontade teve origem com o liberalismo e se instalou sob o influxo do Código Napoleão, nos demais ordenamentos. O fundamento desse paradigma era a igualdade das partes, daí porque se apregoava ser o contrato lei entre os contraentes (*pacta sunt servanda*).

Ocorre que essa igualdade é (sempre foi) meramente formal, isso porque a tônica é (sempre foi) a desigualdade entre as partes. E tal ocorre especialmente no mundo massificado de hoje, em que as relações são impessoais, são relações de massa em que vigoram contratos de massa, onde um dos contratantes impõe as regras ao outro, que, detendo total hipossuficiência, só tem duas possíveis alternativas: contratar ou não contratar. Só que ele tem que contratar.

No campo massificado das relações de consumo, por exemplo, a desigualdade entre fornecedor e consumidor é tão acentuada que se entendeu, em determinado

30 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, obra citada, p. 51.

31 – Edilson Pereira Nobre Junior, analisando essa questão no trabalho já referido, assinala que o direito à existência digna é assegurado pelo Estado, por exemplo, com a abstenção em afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade, além da adoção de prestações positivas, tais como a implantação da seguridade social, a organização e manutenção do sistema previdenciário, as ações desenvolvidas no campo da saúde, para prover o acesso universal igualitário das pessoas, etc...; Celso Antonio Pacheco Fiorillo, na obra O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil, diz que para se realizar, histórica e real, a dignidade da pessoa humana no meio social, é necessário garantir o piso vital mínimo imposto pela própria Carta Constitucional, que significa assegurar a todos os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta da República, entrelaçados com o respeito absoluto ao meio ambiente, como está previsto no art. 225, *caput*.

momento, que essa relação, como ocorria, feria a dignidade da pessoa humana (uma das faces da dignidade é a pessoa na sua condição de consumidora).

Nesse diapasão, a legislação mundial começou a adotar uma feição protetiva para equilibrar essa relação, dotando o consumidor de direitos para contrabalançar o poder do fornecedor.

Tal também ocorreu no ordenamento brasileiro sob influxo da Constituição Federal, que, no artigo 5º, inciso XXXII, portanto em cláusula pétrea, determina ao Estado, na forma da lei, proteger o consumidor.

Afora isso, o artigo 170 dispõe que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por finalidade assegurar existência digna a todos (a dignidade da pessoa humana), conforme os ditames da justiça social, observados alguns princípios, dentre eles a propriedade privada (inciso II), que deve respeitar a função social (inciso III), a defesa do consumidor (inciso V) e o respeito ao meio ambiente (inciso VI), este, segundo o artigo 225, *caput*, considerado direito fundamental e essencial à sadia qualidade de vida.

Portanto, a autonomia da vontade tem como limite a dignidade da pessoa humana, não podendo ser exercitada, segundo o molde constitucional, quando violar esse princípio fundamental.

Afora isso, toda relação de cunho econômico deve estar pautada por esse objetivo supremo, ou seja, assegurar a todos uma existência digna, sem o que está comprometido o viés constitucional.

2.4 Igualdade, dignidade e proporcionalidade

Até há pouco tempo, diz Rizzatto Nunes em sua obra, o conflito entre princípios constitucionais era resolvido pelo princípio da proporcionalidade, o qual estava ligado ao princípio da igualdade, entendido como o principal elemento articulador dos demais princípios e que servia para equalizá-los, harmonizando-os.

Todavia, acentua que há um novo paradigma instalado nos ordenamentos constitucionais, que é o da dignidade da pessoa humana, entendido como princípio absoluto e que norteia todas as relações.

Assim, “ ... como o mais importante princípio constitucional é o da dignidade humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela – dignidade – que a proporcionalidade se inicia de aplicar. Mas, também, quando

*se tratar de examinar conflitos a partir do princípio da igualdade, o da proporcionalidade estará presente*³².

A dignidade, portanto, é o parâmetro para a solução dos conflitos entre princípios, devendo o intérprete utilizar a dignidade – via proporcionalidade, para sopesar os direitos, limites e interesses postos à solução, e gerar a resolução.

Acentua, porém, que poderão ocorrer, no limite, conflitos entre as próprias dignidades das pessoas. Nesse caso, propõe que o princípio da proporcionalidade resolva o conflito, intitulando-o de princípio de proporcionalidade de segundo grau ou especial³³.

V. A realização da justiça

A Justiça é um dos valores supremos da sociedade, é um ideal a ser perseguido, mas, acima de tudo, um ideal a ser concretizado. Como diz o Prof. Miguel Reale, *“as normas jurídicas ... estão fundadas numa pluralidade de valores, tais como liberdade, igualdade, ordem e segurança. Mas a Justiça, diz ele, não se identifica com nenhum deles; é, antes, a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela vale para que todos os valores valham”*³⁴.

Portanto, todo aplicador do Direito deve pautar-se na Justiça. Tem ele o dever ético e jurídico de ser justo, e para isso, como o nosso sistema constitucional tem como parâmetro o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, esse deve ser o paradigma e o fio condutor. As soluções justas requerem que o operador jurídico amplie o espírito para a entrada dos princípios mais universais de respeito à pessoa humana, e dentre eles - o principal -, o necessário respeito à dignidade da pessoa humana.

Esse trabalho, para que seja vitorioso, impõe que se realize uma correta interpretação do sistema jurídico, cujo comando é exercido pelos princípios e normas constitucionais, e dentre eles, como eixo principal, o supraprincípio da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, o de maior relevo, o de maior exuberância, a luz fundamental a iluminar e orientar o sistema, que é o reflexo mais próximo, na vida material, da dignidade espiritual e divina de que somos ungidos.

32 – Luiz Antonio Rizzatto Nunes, O Princípio, p. 55.

33 – Obra citada, p. 55-57.

34 – REALE, Miguel, Lições Preliminares de Direito, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 371.

Retórica e Argumentação no Discurso Jurídico: Origens e Fundamentos

Margibel A. de Oliveira
Doutora em Letras (Estudos de Retórica e Argumentação) Curso de Pós-Graduação de Filologia e Língua Portuguesa – FFLCH/USP. Mestre em Literatura e Bacharel em Letras, pela UFSC. Professora de Linguagem Jurídica desde 2004 e de Redação, na FDDJ, desde 2013. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3519294698953944>

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões a respeito da origem da Retórica e sua interligação com a Argumentação, para demonstrar o **vínculo** dessas áreas com o Discurso Jurídico. Nesse sentido, serão tomados por referência alguns teóricos, como: Aristóteles (1998 [s.d.]), Perelman & Olbrechts-Tyteca (2005 [1958]), Barilli (1985), Mosca (2005; 2004 [1997]), Reboul (2004 [1998]), Petri (2005 [2000]), Meyer (2007) e Plantin (2008). Desse modo, a fundamentação teórica irá tratar dos seguintes tópicos: a) Primórdios da Retórica; b) Fundamentos: os gêneros, as partes e as provas retóricas; c) Nova Retórica: Teorias da Argumentação - Oradores e Auditórios. Assim, estima-se que este estudo possa contribuir para fomentar e desenvolver a discussão entre os profissionais da área jurídica, com vistas a circunscrever e dimensionar esses termos, como possíveis maneiras conceituar Retórica, Argumentação e Discurso Jurídico.

Palavras-chave: retórica; argumentação; discurso jurídico.

Abstract

This article aims to present reflections regarding the origin of rhetoric and its interconnection with the argumentation, to demonstrate the link between these areas and the Legal Discourse. In this way, it will be taken by reference some theorists, such as Aristóteles (1998 [s.d.]), Perelman & Olbrechts-Tyteca (2005 [1958]), Barilli (1985), Mosca (2005; 2004 [1997]), Reboul (2004 [1998]), Petri (2005 [2000]), Meyer (2007) and Plantin (2008). Thereby, the theoretical background will deal with the following topics: a) The Origin of Rhetoric; b) Foundation: the gender, the parties and the rhetorical evidence; c) New rhetoric: Theories of Argumentation - speakers and Auditorium. Thus, it is estimated that this study can contribute to promote and develop the discussion among legal professionals, with a view of circumscribing these terms as possible ways to conceptualize Rhetoric, Argumentation and Legal Discourse

Keywords: Rethoric; Argumentation; Legal Discourse.

1. Introdução

Retórica e Argumentação representam termos *sui generis*, no Discurso Jurídico. Todavia, nem sempre eles estão devidamente especificados/sustentados, a partir de um referencial que tenha por base uma fundamentação teórica específica. Em outras palavras, os termos são tomados sob o enfoque de percepções generalistas e até mesmo **simplistas**.

Essa consideração inicial é essencial, pois muitas vezes observamos que Retórica, Argumentação e Discurso são usados como sinônimos, ou em alguns casos, seus usos são até **banalizados**. Deste modo, o objetivo deste artigo é apresentar algumas reflexões sobre a origem da Retórica e sua relação com a Argumentação, com vistas a demonstrar alguns vínculos entre essas áreas e o Discurso¹ Jurídico. Por isso, iniciaremos nossas considerações com base nas concepções que os estudiosos apresentam sobre esses assuntos.

2 Retórica e argumentação: origens e fundamentos

2.1 Primórdios da retórica

A origem da Retórica situa-se, geograficamente, na Sicília. Dados históricos sugerem esse local, no século V a.C., em que dois tiranos, Gelon e Hieron expulsaram das terras de Siracusa populações inteiras, permitindo a entrada de mercenários, os quais passaram a ocupar as terras. Uma revolta popular destituiu o poder dos governantes e permitiu a existência de **júris populares**. Cabia a esses **judgar**, em **praça pública**, os processos instaurados pela retomada das terras (Petri, 2005 [2000], p. 17). Percebe-se, com isso, a primeira relação entre Retórica e Discurso Jurídico.

Nas considerações de Meyer (2007, p. 19): “(...) *foi assim que ela (a Retórica) surgiu na Sicília, quando – uma vez desmoronada a tirania – se tratou de permitir aos proprietários espoliados que defendessem sua causa (...)*”.

A noção apresentada pelo autor demonstra um aspecto que é necessário abordar e, que se situa na esfera do **uso** da Retórica, em que os “proprietários espoliados” a utilizavam para de defender-se. Da citação do autor, nos interessa também, a questão do surgimento da Retórica na Sicília. Ao pontuarmos essas duas questões, queremos colocar em destaque, tanto onde, como a forma pela qual a Retórica era utilizada, que era através da oralidade.

1 – Entende-se por discurso: “Toda produção verbal, escrita ou oral, constituída por uma frase ou por uma sequência de frases, que tenha começo e fim e apresente certa unidade de sentido” (REBOUL, 2004 [1998], p. XIV).

Por isso, é possível afirmar que o caminho percorrido pela Retórica é, em princípio, de **filiação** à oralidade, cujas exposições ocorriam em locais amplos e com públicos não delimitados, demonstrando que as **disputas** ocorridas entre os retores², eram, de alguma forma, abertas ao auditório³. Posteriormente, a Retórica amplia seu domínio para o texto escrito nos mais variados gêneros discursivos, (MOSCA, 2005, p. 2), nas palavras da autora: *“Destes, talvez os mais legítimos representantes na atualidade sejam o discurso jurídico, herdeiro direto das primeiras ocorrências em que se defendia a posse das terras na Sicília contra os invasores”*.

Percebe-se que a autora faz reflexões que já são essenciais para o estudo, visto que, por um lado, estabelece a relação com os atuais representantes da Retórica, no caso os do discurso jurídico, portanto, profissionais da área; por outro lado, também expõe o motivo pelo qual esses herdeiros utilizavam o discurso, que era para a defesa das vítimas na Sicília.

Outra questão preliminar, a respeito da origem da Retórica, é abordada por Petri (2005 [2000], p. 17), que toma por base os dados históricos acima mencionados, no caso: *“Os processos, então instaurados, eram levados a efeito diante de grandes júris populares, que deveriam ser convencidos da justiça do pedido, e para tanto era necessário, antes de tudo, ser eloquente, principalmente se tivermos em mente que a linguagem oral era a única utilizada”*.

Observa-se que as ideias estabelecidas pontuam um dos aspectos da Retórica, situando sua origem na Sicília. Também é apresentada a noção, no que diz respeito ao motivo pelo qual as disputas ocorriam, sobre a ocupação das terras. Da mesma maneira, expomos quanto à questão do convencimento dos júris populares, em relação ao pedido e que esse era feito oralmente. Por isso, tanto o motivo quanto a forma pela qual se estabelecem os primeiros **empregos** da Retórica são compartilhados por teóricos da área.

A esse respeito, também Reboul (2004 [1998]) afirma que a origem da Retórica *“não é literária, mas judiciária”*. Outro aspecto interessante, sobre a gênese da Retórica, situa-se na seguinte afirmação: *“(...) desde o início o gênero judicial, um dos campos tipicamente reservados ao discurso retórico* (BARILLI, 1985, p. 13)”.*”*

A partir do que foi exposto pelo autor, é preciso destacar o **entrelaçamento** entre o gênero judicial e o discurso retórico. Com isso, ratificamos o que queremos colocar em questão, que é o fato de o gênero judicial ser um dos campos característicos do discurso retórico.

2 – *Rétor*: Aquele que é versado em retórica; mestre de retórica. ETIM. lat. *rhétor*, ‘retórico’, décor. do Gr. *rhéthór*, orador, orador público, professor de eloquência, retórico (HOUAISS & VILLAR, 2004).

3 – Tomamos por base o conceito de PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA (1996 [1958], p. 22) sobre auditório: conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação.

Dessa forma, as considerações sobre a Retórica nos possibilitaram identificar suas **origens**, que estão intimamente ligadas ao Discurso Jurídico. Essa foi uma primeira ponderação sobre o **espaço** ou a base em que estamos delineando o estudo, e com isso, situamos a relação interdisciplinar do estudo.

Na sequência serão elencados os pressupostos, com vistas a estabelecer alguns **sentidos** da Retórica, a partir do que foi ponderado a respeito dos **primórdios** da Retórica, conforme enfoque dos teóricos que se dedicaram ao seu estudo. Por isso, partiremos das reflexões de Aristóteles (1998 [s.d.]), uma vez que o estudioso ocupa um lugar de destaque no nosso estudo, tanto pelo fato da sua abrangência, quanto pela profundidade das suas ponderações.

Observemos o seguinte:

“Entendamos por retórica a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. Esta não é seguramente a função de nenhuma outra arte; pois cada uma das outras apenas é instrutiva e persuasiva nas áreas de competência; como por exemplo, a medicina sobre a saúde e a doença, a geometria sobre as variações que afectam as grandezas, e a aritmética sobre os números; o mesmo se passando com todas as outras artes e ciências”. (ARISTÓTELES, 1998, p. 48)

O conceito explicitado pelo autor está apresentado no início do Livro I, da Retórica, no item “Definição da retórica e sua estrutura lógica”. Observa-se, muito pontualmente, que o item trata-se de uma definição, bem como da estrutura da Retórica, o que se pode inferir que o autor estabelece uma noção sobre o conceito da Retórica, com vistas a instituir, já no início do livro, um pressuposto relevante para o estudo. Nesse caso, para Aristóteles, o entendimento sobre a Retórica localiza-se na competência de “descobrir o que é adequado”, para cada situação, com o objetivo de persuadir.

Na consideração do autor, centraliza-se um aspecto de extrema relevância para nosso estudo, qual seja, o de estabelecer o fundamento da competência persuasiva. Essa acepção está relacionada à capacidade do orador, dependendo da área em que está inserido, para “descobrir o que é adequado” em situações específicas.

Outro **sentido** apresentado sobre Retórica surge da seguinte perspectiva:

“A raiz grega ‘re’ significa ‘dizer’, fazer uso do logos ou do discurso” (BARILLI, 1985, p. 7). Nota-se que Barilli institui o conceito, de que Retórica é concebida, a partir do fundamento do *logos*. Além do que foi mencionado, conforme o autor, examinemos o seguinte:

“Também no que diz respeito aos significados, a retórica revela a sua vocação para a plurissignificação e a totalidade. Ou seja, ela é discurso na acepção etimológica

do termo, na medida em que pretende ‘dis-correr’ sobre um leque bastante vasto de assuntos, fundamentalmente, todos aqueles que podem interessar ao homem comum, isto é, de que nenhum homem enquanto tal poderá alguma vez abdicar: a gestão da coisa pública, a administração da justiça, o estabelecimento dos valores morais a seguir no comportamento público e privado, e, portanto também os critérios de opinião, o louvor ou vitupério de outrem com base nos respectivos comportamentos: estes alguns dos temas que interessam indistintamente todos os membros duma comunidade, e que, aliás, é difícil atribuir disciplinas específicas” (BARILLI, 1985, p. 7).

Depreende-se da citação do autor um primeiro aspecto que é a questão da plurissignificação. A partir dessa aceção, permitimo-nos inter-relacioná-la, mais uma vez, com o discurso jurídico, visto que esse é enunciador de assuntos que advêm das mais diferentes áreas, por isso, observa-se que seria possível inseri-lo na concepção plurissignificativa demonstrada por Barilli.

Outro **sentido** que é imprescindível destacar é o seguinte: *“Eis, pois, a definição que propomos: retórica é a arte de persuadir pelo discurso” (Reboul, 2004 [1998], p. XIV).* Nota-se que emerge, em Reboul, a relação da retórica, no que diz respeito à persuasão pelo discurso. Essa aceção permite-nos inferir que se situa, no discurso jurídico, a perspectiva de que esse utiliza a persuasão, nos seus diferentes gêneros discursivos, seja em uma: peça da denúncia, petição inicial, contestação, sentença e assim por diante.

Assim, ao termos exposto até o presente, os possíveis **sentidos** da Retórica, toma-se por base o seguinte: *“Hoje, mais do que nunca, para compreender os fundamentos da Retórica, faz-se necessário a volta à tradição aristotélica e às demais que nos foram legadas pelas diversas culturas, vale dizer, às fontes dos conceitos que estão à sua base” (MOSCA, 2004 [1997], p. 18).*

A partir da aceção asseverada por Mosca, de retomar a “tradição aristotélica”, Meyer (2007, p. 21) estabelece *“as grandes definições da retórica” em três categorias, são elas: “(1) A retórica é uma manipulação do auditório (Platão); (2) a retórica é a arte de bem falar (ars bene dicendi), de Quintiliano; (3) a retórica é a exposição de argumentos ou de discursos que devem ou visam persuadir (Aristóteles)”.*

Como se nota dependendo do enfoque é possível apresentar visões/**sentidos** diferentes ao tratarmos da Retórica. Se quisermos observá-la no **sentido** de manipular ou até mesmo **driblar** uma pessoa ou auditório, esse conceito pode ser percebido conforme o que está estabelecido por Platão. Já a perspectiva Retórica enquanto arte da **oratória** é a concepção de Quintiliano. Nesta vertente, o autor apresenta as relações da retórica, em situações do **bem falar**. Na concepção Aristotélica, o cerne está voltado à persuasão, ou ainda, a Retórica é vista sob a ótica da **exposição de argumentos**, tema que **intimamente** relacionado com o discurso jurídico.

Assim, expusemos os primórdios da Retórica, com vistas a estabelecer os **seus possíveis sentidos** e, ainda, assentar e inscrever os domínios do Discurso Jurídico, em relação à Retórica. Na sequência serão abordados os fundamentos da Retórica.

2.2 Fundamentos da Retórica

2.2.1 Gêneros da Retórica

A partir do que foi circunscrito anteriormente, foi possível observar que a Retórica tem uma abrangência interdisciplinar e plurissignificativa. Como nosso objetivo é relacionar a Retórica ao Discurso Jurídico, é necessário também observar o seguinte:

“O discurso comporta três elementos: o orador, o assunto de que fala, e o ouvinte; e o fim do discurso refere-se a este último, isto é, ao ouvinte. Ora é necessário que o ouvinte, ou seja, espectador ou juiz, e que um juiz se pronuncie ou sobre o passado ou sobre o futuro. O que se pronuncia sobre o futuro é, por exemplo, um membro de uma assembleia; o que se pronuncia sobre o passado é o juiz; o espectador, por seu turno, pronuncia-se sobre o talento do orador. De sorte que é necessário que existam três gêneros e discursos retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico” (ARISTÓTELES, 1998 [s.d.], p. 56).

A menção feita por Aristóteles estabelece os elementos do discurso, no caso, o orador, o assunto e o ouvinte. É possível depreender da citação do autor que na tríade – orador, assunto, ouvinte -, todos os componentes são essenciais e recai sobre o ouvinte, o “fim”, ou poderíamos dizer, o **alvo dos discursos**. Como exemplificado, o ouvinte deve ser um “espectador ou juiz”. Na condição de espectador, esse pode ser designado de três formas: “1. aquele que assiste a espetáculo. 2. pessoa que presencia algo. = testemunha. 3. aquele que observa algo. = observador”⁴. Se for um juiz: “1. Magistrado que administra justiça. 2. Pessoa que julga. = Julgador. 3. Árbitro. 4. Presidente (de irmandade, confraria, festa, torneio, etc.).

5. Nome dos magistrados que governaram os judeus antes da monarquia”.

Nota-se que no primeiro exemplo de ouvinte, o espectador, as três definições suscitam questões relacionadas ao Discurso Jurídico, principalmente, visto que, teríamos a figura do espectador como “aquele que assiste a espetáculo”. Então, poderíamos compará-lo ao **grande público**, que assiste ao espetáculo de um tribunal do júri, por exemplo. Também temos, por outro lado, a definição da testemunha, pois essa pode ser vista como alguém que “presencia algo”.

4 – Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/espectador>. Acesso em: 24-03-2013.

Na segunda visão, em relação ao juiz, é possível também associarmos, tanto ao “magistrado que administra justiça”, bem como a uma “pessoa que julga = julgador”, os quais estão representados no estudo. No primeiro caso, naquele que profere uma sentença em relação a algum júri, por exemplo, e no segundo, poderia até ser uma testemunha que **presencia e prejulga** algum fato cotidiano.

Com vistas a corroborar com a visão de Aristóteles examinemos:

“Se, para descrever o gênero deliberativo, Aristóteles se inspirou nas assembleias políticas e, para caracterizar o gênero judiciário, nos tribunais, foram os concursos oratórios que ocorriam durante os jogos olímpicos que lhe sugeriram as particularidades do gênero epidíctico. Com efeito, quando de tais jogos, os auditores comportam-se como espectadores, e, se têm, eventualmente, alguma missão a cumprir, é unicamente a de designar o vencedor, aquele cujo discurso merece receber os loiros da vitória” (PERELMAN, 1993 [1977], p. 38).

Além dos elementos do discurso pontuados por Aristóteles e Perelman, foram estabelecidos os “gêneros e discursos retóricos: o deliberativo, o judicial e o epidíctico”. Consideramos oportuno expor, no quadro a seguir, os gêneros do discurso e suas **características**:

	Finalidade	Tempo	Categoria	Auditório	Avaliação	Argumento-tipo
Judiciário	Acusar / Defender	Passado	Ética	Juiz/jurados	Junto / Injusto	Entimema (dedutivo)
Deliberativo	Aconselhar / Desaconselhar	Futuro	Epistêmica	Assembleia	Útil / Prejudicial	Exemplo (indutivo)
Epidíctico	Elogiar / Censurar	Presente	Estética	Espectador	Belo / Feio	Amplificação

Quadro 1 – Gêneros do Discurso - Fonte: MOSCA (2004 [1997], p. 32)

É perceptível, no quadro, que se situam algumas possibilidades de inscrição dos discursos, em relação a determinadas **características**. Nesse mesmo sentido, temos de levar em consideração que *“(...) embora esses gêneros sejam bem delineados, dentro de uma mesma argumentação podem ocorrer traços dos três tipos de discurso, numa relação de dominância e não de exclusão (...) com a multiplicação dos meios de comunicação, ocorre também uma extrema diversidade de manifestações”* (MOSCA, 2004 [1997], p. 32).

Com as considerações da autora, é de notar-se que não seria prudente dimensionar a Retórica somente em três **domínios**. Todavia, Meyer (2007) define os gêneros da Retórica, segundo os pressupostos de Aristóteles, a saber, o judiciário, que versa sobre

o que é justo, o deliberativo, que trata do que deve ou não ser feito em cada ocasião e o epidítico, que é também o gênero do discurso laudatório. Por isso, em cada discurso, apresentam-se as seguintes especificidades: a) judiciário - visa ater-se a questões do passado, com intenção de julgar o justo ou o injusto; b) o deliberativo - procura discernir o que é útil ou nocivo à coletividade e, c) o epidítico - presta homenagens e também críticas ou censuras (MEYER, 2007, p. 28-29).

Desse modo, a partir do que foi estabelecido sobre os gêneros do discurso, é essencial elencar as partes do discurso do sistema retórico, tema, portanto, do próximo item. Assim, ressaltamos que os gêneros discursivos se **valem** de suas partes ou as **priorizam** - em menor ou maior grau - quais sejam: *inventio*, *dispositio*, *elocutio* e *actio*⁵ (MOSCA, 2004 [1997] e PETRI, 2005 [2000]), ou ainda: invenção (*heurésis*), disposição (*taxis*), elocução (*lexis*) e ação (*hypocrisis*)⁶ (REBOUL, (2004 [1998]) p. 43).

2.2.2 Partes do Discurso Retórico

Apesar de termos elencado as quatro partes acima trataremos especialmente de duas, a invenção e a disposição, uma vez que nessas partes referem-se a elementos essenciais para o estudo. Dessa forma, ao tratar não especificamente da invenção e da disposição, mas de duas partes do discurso, Aristóteles (1985 [s.d.], p. 207), nos faz refletir sobre o que se segue:

São duas as partes do discurso. É forçoso enunciar o assunto de que se trata e depois proceder à sua demonstração. Por isso, fica sem efeito expor algo sem se proceder à demonstração ou demonstrar algo sem se ter previamente exposto o assunto. Pois demonstrar uma coisa implica a existência de algo a demonstrar; e expor previamente determinado assunto tem em vista a sua demonstração.

Com vistas a corroborar com a citação anterior, Barilli (1985, p. 29) afirma que Aristóteles trata nos dois primeiros livros “das fontes da argumentação”. Nesses livros o autor “desenvolve uma das partes mais consistentes em que se costuma subdividir o discurso retórico, precisamente a euresis, a inventio, a pesquisa, o catálogo, a recensão dos lugares (...) confere à inventio um primado substancial”. A importância dada à invenção, por Barilli, também é percebida no seguinte conceito, exposto por Mosca em **Retóricas de ontem e de hoje (2004)**:

Inventio: *é o estoque do material, de onde se tiram os argumentos, as provas e outros meios de persuasão relativos ao tema do discurso. A tópica de que trata Aristóteles. O estudo dos lugares – elemento de prova de onde se tiram os argumentos –*

5 – Termos utilizados a partir da acepção latina.

6 – Termos utilizados a partir da acepção grega.

é parte essencial da *inventio*. Trata-se, portanto, de retórica de conteúdo (p. 28).⁷ Sobre a disposição:

Dispositio: é a maneira de dispor as diferentes partes do discurso, o qual deve ter os seguintes componentes: exórdio, proposição, partição, narração/descrição, argumentação (confirmação/refutação) e peroração. Trata-se da organização interna do discurso, de seu plano (MOSCA (2004 [1997], p. 28)).⁸

Nota-se que a invenção e a disposição mostram-se como partes essenciais de qualquer discurso. Também é necessário ressaltar que a invenção é “a busca que empreende o orador de todos os argumentos e de outros meios de persuasão relativo ao tema de seu discurso”. A disposição configura-se na “ordenação desses argumentos, donde resultará a organização interna do discurso, seu plano” (REBOUL, 2004 [1998], p. 43).

Outro aspecto interessante, sobre o exórdio – situado na organização interna do discurso - nas palavras de Aristóteles (1985 [s.d.], p. 210):

Nos discursos judiciais (...) o exórdio proporciona uma amostra do conteúdo do discurso, a fim de que se conheça previamente sobre o que será o discurso e que o entendimento do auditório não fique em suspenso. Pois o indefinido causa dispersão. Aquele que coloca o início como que nas mãos do auditório, faz com que este o acompanhe no discurso.

Assim, como foi observado, as partes do discurso nos fornecem subsídios para trabalharmos em um sentido que nos permite direcionar a investigação, para as provas aristotélicas: *logos*, *ethos* e *pathos*, tema que será visto na sequência.

2.2.3 Provas Retóricas

O tema das provas constitui-se um dos itens fundamentais, quando estudamos o sistema retórico, visto que é sobre a relevância das **fontes** - no caso, de onde **surgem** as provas - e o que essas representam, nos gêneros discursivos, para dar sustentação em determinada situação do Discurso Jurídico.

Por isso, observemos: “As provas de persuasão fornecidas pelo discurso são três espécies: umas residem no caráter moral do orador; outras, no modo como se dispõe o ouvinte, e outras, no próprio discurso, pelo que se demonstra ou parece demonstrar (ARISTÓTELES, (1998 [s.d.]), p. 49)”.

7 – Grifos nossos.

8 – Grifos nossos. Ressalta-se que (MOSCA (2004 [1997], p. 28) toma como fundamento o seguinte: “As partes componentes do sistema retórico para os gregos eram quatro - a inventio, a dispositio, a elocutio e a actio (...) os romanos acrescentaram mais uma, a memoria”.

Como se observa, já no início do Livro I, sobre a **Definição da retórica e sua estrutura lógica**, Aristóteles expõe de que maneira as provas são fornecidas pelos discursos. Está claro que, como exposto anteriormente, Aristóteles estipula os três elementos do discurso e, por isso, as provas têm relação estreita com cada uma das partes, quais sejam: o orador, o assunto e o ouvinte.

Ao seguir, a visão Aristotélica sobre os elementos, a reflexão de Mosca (2004 [1997]), nos direciona para o seguinte:

“O discurso persuasivo, aquele destinado a agir sobre os outros através do logos (palavra e razão), envolve a disposição que os ouvintes conferem aos que falam (ethos) e a reação a ser desencadeada nos que ouvem (pathos). Estes são os três elementos que irão figurar em todas as definições posteriores e que compreendem o instruir (docere), comover (movere) e o agradar (delectare)”.

Mosca retoma o conceito estabelecido por Aristóteles e ainda, acrescenta e estabelece noções precisas sobre *logos*, *ethos* e *pathos*. Percebe-se também que, há o **entrelaçamento** entre os elementos e as funções, as quais determinam precisamente em quais situações estas serão utilizadas: instruir, comover e agradar. Desse modo: “Se o ethos diz respeito ao orador e o pathos ao auditório, o logos (Aristóteles não emprega esse termo, que utilizamos para simplificar) diz respeito à argumentação propriamente dita do discurso” (REBOUL, 2004 [1998], p. 49).

Nas considerações de Reboul, confirma-se, mais uma vez, a concepção que queremos deixar estabelecida, qual seja: *logos* concentra-se na argumentação do discurso, o *ethos* fixa-se no caráter do orador e o *pathos* volta-se para o auditório. Outra noção igualmente importante instituída por Reboul volta-se para as provas:

“As provas extrínsecas são as apresentadas antes da invenção: testemunhas, confissões, leis, contratos, etc. (...) As provas intrínsecas são as criadas pelo orador; dependem, pois, de seu método e de seu talento pessoal, são sua maneira própria de impor seu relatório” (REBOUL, 2004 [1998], p. 49).

Como se depreende, foi estipulado pelo autor o conceito das provas e cuja representação, para este estudo, configura-se em uma concepção essencial. Na percepção de Reboul, nas provas extrínsecas são expostos exemplos de: “testemunhas, confissões, leis”. Já as provas intrínsecas estão diretamente relacionadas ao **método** que o orador utiliza para obtê-las.

Além de Aristóteles, Mosca e Reboul, é necessário observar também as considerações que Michel Meyer empreende sobre *logos*, *ethos* e *pathos*. Por isso, o *logos*, que “subordina a suas regras próprias o orador e o auditório: ele persuade um

auditório pela força de seus argumentos”, o *ethos* está ligado ao conceito da imagem do orador:

(...) é alguém que deve ser capaz de responder às perguntas que suscitam debate e que são aquilo sobre o que negociamos. Essa capacidade é um saber específico: o médico deve responder às perguntas médicas, o advogado, às perguntas jurídicas e assim por diante (...) O ethos é uma excelência que não tem objeto próprio, mas se liga à pessoa, à imagem que o orador passa de si mesmo (...) O ethos é o orador como princípio (e também como argumento) de autoridade (MEYER, 2007, p. 34-35)⁹.

Já o *pathos* refere-se ao auditório, a fonte das questões cujas respostas podem direcionar a interesses múltiplos, seja para: dar prova às paixões, às emoções ou às opiniões (MEYER, 2007, p. 36). Ainda nesse sentido, Meyer (2007) menciona que, para “tirar partido dos valores do auditório”, é necessário “encontrar as questões implicadas no *pathos*”. Para o autor, poderoso reservatório, são as paixões que mobilizam “um auditório em favor de uma tese” (MEYER, 2007, p. 38).

Desse modo “O homem coloca para si mesmo desde sempre: o eu como *ethos*, o mundo com o *logos* e o outro com o *pathos*. Com a retórica, o eu, o outro e o mundo são implicados em uma interrogação em que o outro é solicitado como auditório, como juiz e como interlocutor, posto que é instado a responder e a negociar (MEYER, 2007, p. 30-31)”. Como notamos, a tríade *logos*, *ethos* e *pathos* deve estar em “pé de igualdade” para não cairmos em concepções que excluam as dimensões da retórica (MEYER, 2007, p. 25).

Diante do que foi apresentado, no item, a respeito das provas retóricas, tomamos por base os fundamentos cunhados por Aristóteles e aqueles que o seguiram. Desse modo, tivemos por objetivo discutir os conceitos basilares sobre *logos*, *ethos* e *pathos*, para tratarmos, no item seguinte, de conceitos fundamentais relacionados à Nova Retórica.

2.3. Nova Retórica: teorias da argumentação

Os itens anteriores estabeleceram as bases do artigo, a partir de conceitos/reflexões fundamentais sobre as noções dos gêneros do discurso, das partes e das provas retóricas. É necessário, por isso, referendar um dos lugares ocupados pela Nova Retórica na atualidade:

“Nos dias de hoje, a partir dos estudos da Nova Retórica e do chamado Grupo μ , de Liège, na Bélgica, a retórica foi amplamente reabilitada, tendo sido, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, beneficiada pelos estudos de outras ciências que se

9 – Grifos nossos.

configuraram nesse século, como a Linguística, a Semiótica, a Pragmática e a Análise do Discurso” (ABREU, 2008 [1999], p. 33).

Como foi dimensionado no início do artigo, por tratar-se de estudo interdisciplinar – servimo-nos do que foi enunciado por Abreu, visto que o autor apresenta as **ciências** que colaboram para reabilitação da Retórica. A visão apresentada por Abreu nos direciona para o que Meyer estabelece sobre a argumentação, visto que queremos circunscrever esta noção: *“A argumentação explícita o porquê de uma resposta, partindo de uma pergunta para a qual as respostas possíveis se superpõem, se anulam, permanecem problemáticas. Argumentar serve para fazer pender a balança, embora sabendo que a resposta proposta ainda possa ser contradita por um questionamento (MEYER, 2007, p. 69)”*.

Por isso, faz-se necessário observar que *“a argumentação incide sobre aquilo em que é preciso crer, região na qual encontra a questão da prova e da demonstração” (PLANTIN, 2008, p. 62)*. Nesse sentido, atualmente, os estudiosos se veem desafiados em: *“(…) tentar dar a ela (retórica) novamente uma definição, abrangente, mas específica, que permita acomodar tanto a argumentação judiciária quanto o discurso publicitário” (MEYER, 2007, p. 25)*.

É possível dizer que, ao ocupar várias áreas de atuação, em que prevalece o terreno da disputa, da controvérsia, do conflito, a Retórica estabelece condições, em certo sentido, subjacentes ao seu domínio, o que é demonstrado na contemporaneidade, pela Nova Retórica a qual: *“(…) superpõe-se à Teoria da Argumentação, dado o espaço de conflito e de confronto em que é convocada a atuar. Seu campo propício é este, com base no verossímil, naquilo que é razoável e provável, diferentemente das demonstrações lógicas e matemáticas” (MOSCA, 2005, p. 2)*.

Além do que foi mencionado, apesar de a citação abaixo ser longa, é necessário apresentá-la, para que tenhamos uma noção do dimensionamento dos estudos realizados, por renomados teóricos e grupos de pesquisas mundiais, em relação à Nova Retórica:

(…) é inevitável que os estudos retóricos, em suas novas versões, venham redistribuindo as suas funções, tais como o aprofundamento da Teoria da Argumentação, postulada por Chaim Perelman & Tyteca, da Universidade Livre de Bruxelas, com desenvolvimentos atuais de Michel Meyer, A. Lempereur e outros; os trabalhos do Grupo μ , da Universidade de Liège na Bélgica, que se aplicaram também a outras linguagens não verbais; as pesquisas do GRIC, da Universidade Lyon II, com Christian Plantin, Kerbrat-Orecchioni e outros, no que toca à argumentação e interação; a Escola de Genebra, com o estudo dos elementos afetivos nas trocas comunicativas; o Grupo holandês, representado por Grootendorst e Van Eemeren; a retórica integrada de O. Ducrot e seus colaboradores, como Jean-Claude Anscombe; os trabalhos de Olivier Reboul, Ruth Amossy; de Manuel Carrilho, Rui Grácio, Eduardo Guimarães e outros. Na

vertente saxônica, cabe citar Stephen Toulmin, que publicou The Uses of Argument, na mesma data do Traité de l'Argumentation, de Perelman (1958), Kenneth Burke, A Rhetoric of Motives, da década de 50 e republicada em 1969 pela Universidade da Califórnia, Berkeley, além de outros (MOSCA, 2005, p. 3).

Nota-se que diante das possibilidades apresentadas pela autora, o universo de pesquisas da Nova Retórica é demasiado amplo, e ao mesmo tempo profícuo. Por isso, como foi apresentado no início do artigo, a respeito da relação interdisciplinar, mais especificamente entre a Retórica e o Discurso Jurídico, Petri (2005, [2000], p. 16) também nos chama atenção para o seguinte:

(...) a importância das pesquisas sobre o discurso, cujo interesse ultrapassa o terreno estritamente linguístico e se estende a outras ciências humanas e sociais, estabelecendo-se um intercâmbio interdisciplinar, cujos efeitos só podem ser benéficos à compreensão e à produção de discursos.

Dessa forma, este estudo se vale dos conceitos cunhados pelos teóricos vistos até a presente reflexão, em especial, por Aristóteles (1998 [s.d.]), uma vez que o autor, ao pontuar as questões relativas à Retórica, menciona o seguinte: *“todas as pessoas de alguma maneira [...] tentam em certa medida questionar e sustentar um argumento, defender-se ou acusar”*. É possível notar que o conceito de Aristóteles traz a ideia de argumentar como a questão basilar da sua teoria, ele também menciona outro ponto relevante, que é *“defender-se ou acusar”*.

Como é sabido, ao advogado, ou melhor, aos profissionais da área jurídica, cabe à tarefa de ocupar um dos **papéis**, no caso de defender ou acusar, ofícios cujo exercício está intimamente ligado aos fundamentos aristotélicos. Portanto, estreita-se, mais uma vez, o que nos propomos a pontuar, que é a relação interdisciplinar entre Retórica, Argumentação e Discurso Jurídico. Desse modo, ao tratarmos desses **papéis**, temos de identificar as relações entre os oradores e seus auditórios, campo que temos Perelman e Tyteca (2005 [1958]), no *Tratado da Argumentação* – daqui por diante, *Tratado* - um dos estudos mais significativos sobre o tema.

2.3.1. Possíveis Oradores e Auditórios

Anteriormente, tomamos por princípio os elementos do discurso estabelecidos por Aristóteles, que são o orador, o assunto e o ouvinte. Nesse item, com base no *Tratado* - mais especificamente, na Primeira Parte, *Os Âmbitos da Argumentação* – alicerçaremos os fundamentos a respeito dos oradores e dos auditórios.

Os autores contrapõem a clássica concepção (Lógica Formal), no que diz respeito à demonstração, ao mencionar que essa se limitava ao *“exame dos meios de prova*

demonstrativos” (PERELMAN & TYTECA, 2005 [1958], p. 15). O tópico central deste primeiro § - leia-se parágrafo - é discutir as particularidades sobre a demonstração e a argumentação. Note-se na declaração dos autores: *“toda a argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual”* (PERELMAN e TYTECA, 2005 [1958], p. 15). Percebe-se que a condição *sine qua non* é fixada no *“contato intelectual”*.

Na sequência, eles tratam do **contato dos espíritos**¹⁰ e mencionam que deve haver um conjunto de condições para que seja formada uma *“comunidade efetiva dos espíritos”* (PERELMAN e TYTECA, 2005 [1958], p. 17). No caso, para eles, o essencial à argumentação, **parece** residir no fato de que deve haver uma linguagem em comum, para que haja comunicação. Outro **requisito** que os autores estabelecem, centra-se no fato de não direcionar a palavra a qualquer um. Também mencionam que para convencer alguém, deve haver modéstia, por parte de quem argumenta. Por isso, os autores ponderam o seguinte:

Não basta falar ou escrever, cumpre ainda ser ouvido, ser lido. Não é pouco ter a atenção de alguém, ter uma larga audiência, ser admitido a tomar a palavra em certas circunstâncias, em certas assembleias, em certos meios. Não esqueçamos que ouvir alguém é mostrar-se disposto a aceitar eventualmente o ponto de vista (PERELMAN & TYTECA, 2005 [1958], p. 19).

Do que foi exposto pelos autores é notável a menção feita a respeito da estreita relação entre orador e auditório. Segundo os autores, além de enunciar, na modalidade oral ou escrita, o orador tem de “ser ouvido”. No caso, do contrário, se não houver esta **comunhão**, não cumpriria o **requisito** que apresentamos acima sobre o contato dos espíritos. Além dessa premissa, os autores delimitam as espécies de auditórios:

*O primeiro constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, que chamaremos de **auditório universal**; o segundo formado, no diálogo, unicamente pelo **interlocutor** a quem se dirige; o terceiro, enfim constituído pelo **próprio sujeito**, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos* (PERELMAN & TYTECA, 2005 [1958], p. 34).¹¹

Nesse sentido, é relevante situar o Discurso Jurídico sobre o que expusemos. Se a relação orador/auditório estiver centrada entre o enunciador da Peça da Denúncia, por exemplo: no caso o Promotor Público - e o juiz, pode-se dizer que para “ser ouvido”, o promotor teria de ter a peça da denúncia aceita, para que a ação penal pública se inicie. Dessa forma, sobre esses auditórios, observa-se que:

10 – Grifos nossos.

11 – Grifos dos autores.

Somente nos casos privilegiados, em que a atitude dos participantes é regulamentada pelas instituições, é que podemos conhecer de antemão suas intenções: no processo judicial, sabemos que o advogado de cada parte tende menos a esclarecer-se do que a desenvolver argumentos em favor de uma tese. Fixando os pontos a serem debatidos, o direito favorece essa atitude unilateral, essas tomadas de posição, que o litigante só tem de sustentar com constância contra o seu adversário. Em muitos casos as instituições intervêm de uma maneira mais discreta, conquanto efetiva: quando um candidato defende uma tese contra os membros do júri que a criticam, quando um membro do Parlamento defende o programa de seu partido. Enfim, essa atitude pode resultar de compromissos assumidos pelo orador (...) (PERELMAN e TYTECA, 2005 [1958], p. 43).

É possível notar que os autores iniciam a explanação revelando a noção dos **casos privilegiados**, e, com isso, quando há regulamentação pelas instituições, é que se pode “conhecer de antemão suas intenções”. Eles apresentam o exemplo do processo judicial e as situações em que o advogado atua, afirmando ainda que o “direito favorece essa atitude unilateral”. Como percebemos, é relevante a afirmação dos autores sobre a questão da unilateralidade. Assim como, é notório que o Discurso Jurídico centra-se em **determinadas posições**, que são institucionalmente e, diríamos, discursivamente estabelecidas, portanto, seus oradores visam certos auditórios particulares. Dessa forma:

(...) mesmo quando o ouvinte único, seja ele o ouvinte ativo do diálogo ou um ouvinte silencioso a quem o orador se dirige, é considerado a encarnação de um auditório, nem sempre se trata do auditório universal. Ele também pode ser – e muito amiúde o é – a encarnação de um auditório particular (PERELMAN e TYTECA, 2005 [1958], p. 44).

E ainda,

“A escolha do ouvinte único que encarnará o auditório é determinada pelas metas que o orador se atribui, mas também pela ideia que ele tem do modo como um grupo deve ser caracterizado. A escolha do indivíduo que encarna um auditório particular influencia com frequência os procedimentos da argumentação” (PERELMAN e TYTECA, 2005 [1958], p. 44).

Assim, a perspectiva exposta nesse item, cujos fundamentos estão alicerçados nas teorias da Nova Retórica, permitiu-nos apresentar reflexões relacionadas, principalmente, sobre oradores/auditórios, visto que esses estão **diretamente** relacionados, entre promotor e juiz, por exemplo.

3. Considerações Finais

Como exposto na introdução, o propósito deste estudo foi apresentar algumas reflexões sobre a origem da Retórica e seu **entrelaçamento** com a Argumentação, assim como as **dimensões** dessas áreas, e suas relações com o Discurso Jurídico. A esse respeito, mencionamos que os primórdios da Retórica foram marcados com o surgimento de júris populares, os quais possivelmente contribuíram para a **formação** e a gênese do Discurso Jurídico.

Por isso, ao elencarmos as possibilidades de conceituar a Retórica, procuramos expor e situar os fundamentos teóricos, com o objetivo de estabelecer um referencial, no sentido de pontuar e apresentar os principais estudiosos da área. Com isso, foi possível demonstrar a interligação entre Retórica e as Teorias da Argumentação, procurando instigar os profissionais da área jurídica a observar que o uso de tais teorias são possibilidades de demarcar e/ou refletir sobre questões que envolvem o Discurso Jurídico. Certamente, existem outras pesquisas que tratam do assunto, contudo, apresentamos a **visão** sob as perspectivas dos teóricos que julgamos condizentes para a presente reflexão.

A partir dessas **demarcações**, é possível pensar que a Retórica não deveria ser vista sob o enfoque simplista, como a **arte de bem falar**, somente. Pode-se dizer que se trata de uma visão reducionista porque, a partir dos princípios estabelecidos por Aristóteles, vários estudos têm sido desenvolvidos, como exposto no artigo.

Assim, ao tentar convencer ou persuadir alguém, pode-se dizer que os profissionais do Direito – quando elaboram textos orais e escritos – têm no discurso um poderoso **instrumento** que pode servir para que muitos adiram suas teses e, com isso, os pressupostos da Retórica e da Argumentação podem ser usados para fomentar e aperfeiçoar novas formas de interação, bem como promover o entendimento entre os envolvidos nas demandas jurídicas.

4. Referências

ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. introdução e notas de Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998.

BARILLI, Renato. *Retórica*. Trad. Graça Marinho Dias. Lisboa: Presença, 1985.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/>.

HOUAISS, Antônio; e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

MEYER, Michel. *A Retórica. Revisão Técnica Lineide Salvador Mosca*. Trad. Marly N. Neves. São Paulo: Ática, 2007.

MOSCA, Lineide L. S. *A atualidade da Retórica e seus estudos: encontros e desencontros*. In: I Congresso Virtual da Universidade de Lisboa. Lisboa: DLR (Departamento de Literaturas Românicas), 2005.

_____. *Velhas e novas retóricas: convergências e desdobramentos*. In: _____.(org.). *Retóricas de ontem e de hoje*. 3ª ed. São Paulo: Humanitas, 2004 [1997]. p. 17-54.

PERELMAN, Chaïm. *O Império Retórico*. In: *O Império Retórico: Retórica e Argumentação*. Trad. Fernando Trindade e Rui Alexandre Grácio. Porto: Ed. ASA, 1993 [1977].

PERELMAN, Chaïm & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1958].

PETRI, Maria José C. *Argumentação Linguística e Discurso Jurídico*. 2ª Ed. São Paulo: Plêiade, 2005 [2000].

PLANTIN, Christian. *A argumentação: história, teorias, perspectivas*. São Paulo: Parábola, 2008.

REBOUL, Olivier. *Introdução à Retórica*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 [1998].

Terra: Uma reflexão sobre o seu uso e abuso no contexto social Brasil(eiro)

Pietro Nardella Dellova é Professor de Direito Civil e de Direitos Humanos. Doutorado (em curso) em Ciências Jurídicas e Sociais, com a Tese “*A Tessitura dos Direitos Humanos no Direito Civil*”, pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela USP. Mestre em Ciências da Religião pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil e em Literatura. Formado em Direito e em Literatura. Apoiador do Gruppo Martin Buber (Roma/Milano) para o diálogo entre israelenses e palestinos. Membro dell'Associazione socio-culturale Notre Napul a Visionaire (Napoli). Autor de vários livros.

Resumo

O presente Artigo aborda a difícil questão do uso da terra e, ao mesmo tempo, a exploração do homem pelo homem, especialmente no contexto social brasileiro e de seu desenvolvimento econômico e histórico. Faz uma passagem pelo sistema escravocrata para o da mão de obra imigratória. Possivelmente, um dos aspectos a criar pobreza e desagregação das pessoas é o desprezo pelo caráter social de qualquer propriedade, especialmente, a que se refere à terra, tendo em vista que é dela que se cria uma grande nação, um povo emancipado e o necessário equilíbrio social e econômico.

Palavras-chave: terra, exploração, escravidão, imigração, justiça social, economia, direito de propriedade, função social da propriedade.

Riassunto

Questo articolo affronta il difficile problema di uso della terra, allo stesso tempo, lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo, in particolare nel contesto sociale brasiliano e del suo sviluppo economico e storico. Si fa un passaggio dal sistema di lavoro schiavo a quello dell'immigrazione. Forse uno degli aspetti per creare povertà e disgregazione delle persone è il disprezzo per il carattere sociale di qualsiasi proprietà, soprattutto per quanto riguarda la terra, dato che è essa che crea una grande nazione, un popolo emancipato e il necessario equilibrio sociale ed economico.

Parole chiave: terra, esplorazione, schiavitù, immigrazione, giustizia sociale, economia, diritto di proprietà, funzione sociale della proprietà.

1. Introdução

O presente trabalho não tem outra pretensão senão a de servir como uma reflexão acerca dos processos que levam em conta a difícil questão da TERRA. Dado o caráter do presente texto, não será oportuno, nesse momento, aprofundar todas as questões pertinentes, bem como discuti-las com maior amplitude. É um quase ensaio.

A questão TERRA tem múltiplas facetas e desdobramentos e, em especial, é marca da evolução história da humanidade. O próprio nome, se visto como de origem na mítica semítica, então, adâmica, de “Adam”, significa, em hebraico, “terra” ou mais propriamente “ligado à terra vermelha”, dando o aspecto de íntima ligação entre homem e terra, nexu causal¹. Considerando o mundo adâmico como mítico, ou seja, narrativo do gênero humano, podemos, então, vislumbrar um detalhe hermenêutico para a compreensão do próprio homem.

Se, por outro lado, enveredássemos pelo mundo grego (ou, o que pode, hoje, ser chamado de grego), encontraríamos vários mitos que tratam da relação do homem com a terra. Também, outra possibilidade de leitura, caso quiséssemos, seria a partir da experiência romana.

No caso romano, em especial, três conceitos dão o contorno social e jurídico: *domus*, *res communes* e *urbs*. No primeiro caso, “domus”, o lugar onde se lançam raízes, pois *domus* tem esse sentido de permanência e ligação religiosa (*re-ligare*) no mesmo espaço. *Domus* é a casa! Enquanto a *res communes* expressa os lugares, as terras, de plantio e cultivo, pertencentes aos cidadãos romanos (em sua expressão social e comum) no parâmetro da *res extra patrimonium*, ou, o bem fora do patrimônio individual do *paterfamilias*.² E, finalmente, *urbs* é o centro, o espaço público de encontro, de ajuizamentos, de decisões, de discursos, do centro cívico (assim como o era a *Ágora* para os gregos),³ espaço das demandas, das festas, das manifestações, dos centros jurídicos e administrativos.⁴

Creio que a contribuição das três culturas: **hebraica, grega e romana**, serve para a compreensão da questão TERRA no que respeita à América Latina e, também, às diversas regiões do Brasil, tendo em vista a formação sócio-cultural, religiosa e européia da região. Não é o caso, no presente texto, mas o será, com certeza, no desenvolvimento temático da Tese de Doutorado. Aqui, vez ou outra, faremos (ou poderemos fazer) menção a determinados aspectos, inclusive para o entendimento da relação homem/terra e trabalho/terra.

1 – Conforme a Torá, livro de Bereshit, textos iniciais;

2 – Expressão que denota o poder de um homem sobre todos os bens, incluindo a família.

3 – Paidéia, de Jaeger, é um livro interessante para o aprofundamento desse aspecto “Ágora”;

4 – O livro “A Cidade Antiga”, de Fustel de Coulanges, traz uma ótima contribuição nesse sentido;

Faremos uma abordagem da questão TERRA no Brasil, embora o próprio termo “Brasil” traga alguma dificuldade em termos regionais, dada a vastidão e especificidades de cada região brasileira. Cada região, seja no viés histórico, econômico ou geográfico, exigiria uma pesquisa tão profunda quanto demorada.

Porém, de qualquer forma, é possível uma inicial investida, de modo geral, a fim de compreendermos **o uso e o abuso da terra** e seus desdobramentos sociais, incluindo o urbano.

O título dado ao trabalho: **“Terra: Uma Reflexão Sobre o seu Uso e Abuso No Contexto Social Brasil(eiro)**, especialmente este último “brasil(eiro)”, grafado com parênteses, explicar-se-á no texto do presente texto.

2. Brasil e Brasil de Pau-Brasil

As terras do Brasil sempre foram vistas, desde o início, como um espaço do qual se pode retirar algo para o “exterior”, como, por exemplo, ouro ou prata. Vejamos o trecho do primeiro documento jurídico, histórico e literário:

*“...nela, até agora, não pudemos saber que haja ouro ou prata, nem coisa de metal ou ferro; nem o vimos. Porém a terra em si é de muito bons ares, frios e temperados... as águas são muitas, infindas...”*⁵

Daí que logo após a “descoberta” de Cabral e a Carta de Pero Vaz de Caminha, a nova terra passou a ser chamada de “*terra brasílis*”, acentuando a importância do pau-brasil, árvore abundante em todo o litoral, especialmente importante no comércio europeu para uso em tinturarias. Há um mapa português de 1519, com esse nome mesmo “*terra brasílis*” com desenhos de animais e indígenas cortando, amarrando e transportando os troncos do pau-brasil para o litoral (a fim de carregarem as embarcações).⁶

Mesmo depois, com a monocultura colonial e pós-colonial, a ideia sempre é a de retirar, produzir e exportar, com pouca ou nenhuma preocupação com a formação de redes sociais integradas. Tipo de economia, tanto a extrativista quanto a de produção de monocultura, que vai ser denunciada, desde os primórdios, como sendo destrutiva. Em 1630, Frei Vicente do Salvador faz duras críticas ao processo de devastação das terras brasileiras, incluindo críticas ao próprio nome “Brasil” e à ausência de espírito civilizatório, exatamente por ser este uma expressão economia e não de alma nacional. Eis um expressivo trecho deste livro:

5 – A Carta de Pero Vaz de Caminha, diário de 1º de maio. SP: Ed Moderna, 2000, pág. 60;

6 – Douglas Tufano. Comentários à Carta de Pero Vaz de Caminha. SP: Ed. Moderna, 2000, pág. 13;

“...e por mais ricos que sejam, tudo pertendem levar a Portugal e, se as fazendas e bens que possuem souberam falar, também lhe houveram de ensinar a dizer como aos papagaios, aos quais a primeira coisa que ensinam é: papagaio real pera Portugal, porque tudo querem para lá. E isto não têm só os que de lá vieram, mas ainda os que cá nasceram que uns e outros usam a terra, não como senhores, mas como usufrutuários, só para a desfrutarem e a deixarem destruída. Donde nasce também que nem um homem nesta terra é republico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular(...). Estas são as razões por que alguns com muita dizem que não permanece o Brasil nem vai em crescimento...” (sic para todo o trecho)⁷

Talvez esse aspecto ajude a entender melhor o porquê da necessidade e imposição da mão de obra escrava, inicialmente indígena, e *a posteriori* africana, bem como da imigração, em especial, italiana. A fim de dar conta da transferência em ritmo acelerado das riquezas para outros cantões do mundo. Em outras palavras, marca-se um tipo de atividade econômica predatória, que exige a mão de obra “descartável”.

Desse “comportamento” resultarão situações problemáticas não resolvidas até hoje como, por exemplo, o processo de favelização (são 11 milhões de favelados hoje, com uma grande maioria de negros), a disputa de terras no campo (MST) e os conflitos dos agricultores (latifundiários ou grandes produtores) com as populações indígenas. Em outras palavras, conflitos sociais em relação à terra que resultam em conflitos urbanos!

Também, é importante a visão de origem para contextualizar a procedência dos conflitos, sua continuidade e uma certa falta de permanência dos núcleos rurais (relações de pessoas no campo).

Além disso, como revela a Carta de Pero Vaz de Caminha, então, documento de 1500, bem como as Ordenações Filipinas de 1630 e o citado livro de Frei Vicente de Salvador, o Brasil, além de uma terra a ser explorada (sem permanência), era destino de degredados. Pedro Álvares Cabral, conforme a Carta, deixou, logo de cara, dois degredados nas terras recém descobertas,⁸ dando um caráter de exílio, prisão, reclusão, a que seria destinado o Brasil.

Obviamente, esse caráter marcará o tipo de olhar que se tem sobre o Brasil e, não fossem outros fatos históricos sobre o olhar para Portugal, isto é, direito de portugueses sobre o Brasil, bastaria citar a primeira grande remoção ocorrida no Rio de Janeiro, por D. João, em 1808. Os moradores de duas mil casas foram removidos para dar lugar aos portugueses que chegaram com o Rei (sua Corte).

7 – Frei Vicente do Salvador. História do Brasil (1500-1627, terminada em 1630). 4ª Edição revista por Capistrano de Abreu, Rodolfo Garcia e Frei Venâncio Wileke, comemorativa do 4º centenário do autor. SP: Melhoramentos, 1965, pág 58-59;

8 – Carta de Pero Vaz de Caminha (diário de 25 de abril) e, também, 1º de maio. No mesmo sentido o Livro V das Ordenações Filipinas que estabelecem o Brasil como uma prisão pra degradados.

3. Brasil de Brasis

Já vimos anteriormente, como o nome do Brasil estabeleceu-se a partir de uma perspectiva econômica, especialmente, de caráter exploratório, tendo em vista que a principal mercadoria era o pau-brasil. Conforme o apontamento que fizemos acerca de uma mapa português de 1519, no qual há o nome “*terra brasiliis*”.

Daí, por extensão todo e qualquer objeto de mercadoria passou a ser chamado de “brasil” e, no plural, “brasis”. Vimos, também, que o comércio era todo canalizado para Portugal, bem como o caráter de “prisão”, conforme a Carta de Pero Vaz de Caminha, mas, principalmente, pelas Ordenações Filipinas (Livro V).

O Brasil era um grande fornecedor de “coisas”, “brasis”, e, assim, o português comerciante de coisas do Brasil, provavelmente, dono ou arrendatário das embarcações, tinha como profissão fazer negócios com os “brasis”. Era chamado de “brasil(eiro)”⁹

Trata-se de um fato importante que comprova um tanto do que Frei Vicente de Salvador denuncia em 1630, visto acima. Também é importante para caracterizar o tipo de relação que tais “comerciantes” tinham com a terra e, sobretudo, o tipo de relacionamento social.

Conforme a cátedra de Afonso Arinos de Melo Franco, **brasileiro** era a designação dada ao português (ou outro europeu, estrangeiro) que negociava com coisas do Brasil, enquanto **brasiliano** e **brasiliense** indicavam os brancos nascidos em terras brasileiras ou os originais da terra, isto é, indígenas.¹⁰

Acreditamos que os designativos **brasiliano** e **brasiliense** não foram utilizados após a Independência (1822) como correspondentes gramaticalmente corretos da nacionalidade, pois carregam consigo, de forma extensiva, outros significados, a saber, no caso dos brancos nascidos nas terras brasileiras, sua primeira ligação com degredados e prostitutas (Ordenações Filipinas, Livro V) e, portanto, a marca da não cidadania, sobretudo se considerarmos que a Igreja Católica, era responsável (até a Proclamação da República) pelos registros civis (religiosos) das pessoas católicas.¹¹ Todos os outros não tinham registros e, entre os tais, os nascidos fora do casamento. Ainda, designa o original da terra, do qual se dizia não possuir alma.

Outro aspecto importante refere-se aos registros imobiliários, tendo em vista que alguém não sendo cidadão cartorariamente considerado, ou seja, não tendo registro de

9 – O sufixo “eiro” não designa, na gramática, o estado de nacionalidade, mas de atividade, profissão. Por exemplo, pade-iro, marcen-eiro, engen-h-eiro, carret-eiro e, no caso desse texto, brasil-eiro!.

10 – Afonso Arinos de Melo Franco, Jânio Quadros e Francisco de Assis Barbosa. História do Povo Brasileiro. (em 6 volumes). Vol IV. 1ª edição. São Paulo: Janio Quadros Editores Culturais, 1967, pág 39

11 – Keila Grinberg. Código Civil e Cidadania. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, pág 37 e segs.;

nascimento, obviamente não teria, também, registro imobiliário em seu nome.

Segundo o que se pode concluir, as remoções ocorridas em 1808¹² e, depois, a anexação de terras, em função da Lei de Terras de 1850, prejudicaram enormemente os “possuidores” de tais bens (urbanos ou rurais) que, embora sem registro, eram, os possuidores legítimos. Diríamos hoje, “possuidores *ad usucapionem*”, ou seja, possuidores com status de proprietário (com *ius utendi*, *ius fruendi* e *ius abutendi*)¹³

4. A Escravidão e a Terra

O tópico “Escravidão no Brasil” bem que poderia ser chamado de “**mentalidade escravocrata brasileira**” e, assim, abranger três períodos historicamente marcantes: escravização dos indígenas, escravização dos negros e “escravização” dos imigrantes, tendo em vista que o trato e o “modus operandi” dos senhores (proprietários) em relação aos três grupos foi sempre o mesmo.

Esses vários (e conseqüentes) períodos históricos são muitíssimamente importantes, tendo em vista que o trato social e econômico vai se construir em função desse, digamos, elemento fundante. O Brasil, então, tem como elemento fundante, o processo de escravização ou, em outras palavras, a exploração da mão de obra (seja rural ou urbana, digo, industrial) o que, como sói acontecer, impõe uma concentração de terras de grandes proporções nas mãos de alguns poucos e, via de conseqüência, um processo migratório constante nas áreas rurais (seria melhor dizer, agrícola).¹⁴

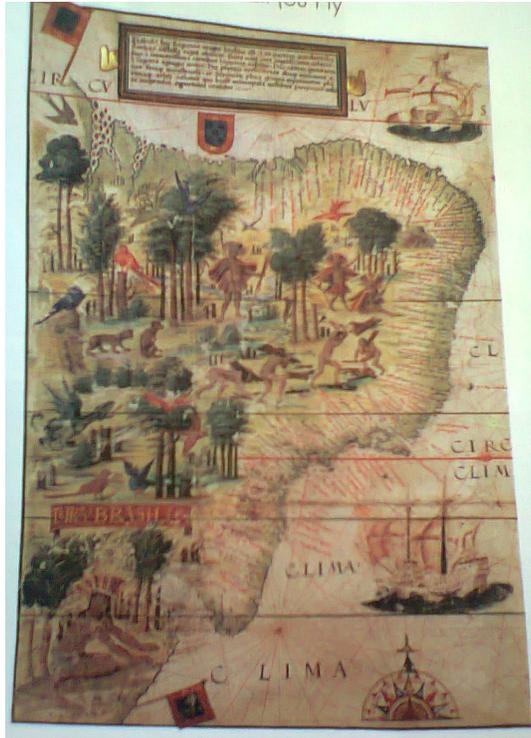
A escravização se dá, logo de início, de forma violenta e desumana, contra os indígenas que acabam por ser obrigados (via violência legitimada por um discurso religioso de salvação e catequização) a cortar, acondicionar e transportar os troncos de pau-brasil.

O mapa abaixo demonstra que já em 1519 os indígenas estavam sendo submetidos à escravização e exploração.

12 – O Jornal BRASIL DE FATO publicou um texto de minha autoria tratando exatamente das remoções de 1808;

13 – IUS UTENDI, IUS FRUENDI et IUS ABUTENDI (direito de usar, desfrutar e dispor do bem), assim como aparece no antigo Código Civil de 1916, bem como no atual de 2002. E para aprofundamento: Luis Rodolfo Argüello. Manual de Derecho Romano. 3ª edición. Buenos Aires; Adstrea, pág 167 e segs;

14 – Embora o livro “Introdução Crítica à Sociologia Rural”, organizado por José de Souza Martins, da Editora Hucitec, SP, 1981, especialmente no Capítulo 8 “Diferenças Fundamentais entre o Mundo Rural e o Urbano”, pág 298 e segs., apresente um outro quadro que, por ser baseado em realidade européia, apresenta uma certa permanência do elemento rural no campo (em contraste com o urbanista)



Douglas Tufano. Comentários à Carta de Perro Vaz de Caminha. SP: Moderna, pág 13

Nada surpreendente se considerarmos o caráter mercantilista nas navegações.

A situação indígena seguirá assim, sob violência e escravidão, pelos próximos cem anos, alterando-se, em certa medida, com o advento e desenvolvimento da Companhia de Jesus. Então, os Jesuítas conseguiram a jurisdição sobre os índios, aliás, em 1609 conseguiram mesmo a liberdade dos mesmos.

Ocorre que, por pressão dos “paulistas” donos dos engenhos de açúcar, bem como de outros segmentos da sociedade, incluindo a do Rio de Janeiro, em 1611 o Rei de Portugal revogou a lei anterior, dispondo a nova legislação que era possível levar o indígena à escravidão desde que aprisionados em “justa guerra” ou “resgatados”.

Como não deve ser difícil de deduzir, a nova lei de 1611 deixou seus dispositivos vagos, pois o homem branco poderia promover qualquer tipo de guerra e classificá-la como justa, bem como “resgatar”, mediante pagamento, das mãos de terceiros. Isso deu margem à violência entre tribos, bem como, por quaisquer outros que se apoderassem de um indígena.¹⁵

15 – Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezesete. Vol 6. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1965, pág 33;

De qualquer forma começou um processo de resistência, tênue ou não, que levou à escassez de mão de obra indígena. Na verdade, o século dezessete inteiro experimentou diversas legislações contraditórias. Se, por um lado, não era tão comum realizar uma guerra justa, por outro, ao contrário, o termo que apareceu na lei de 1611, ou seja, “resgate” deu margem para um verdadeiro tráfico interno de escravos indígenas e, não poucas vezes, com requintes de violência, incluindo a violência entre os próprios indígenas e seus familiares¹⁶ próximos.¹⁷

Desde o início houve, também, a entrada de africanos, em menor número que foi, todavia, crescendo. Obviamente, para uma mentalidade mercantilista que visava lucro, o melhor parecia ser mesmo a utilização do trabalho indígena que durou mais ou menos duzentos anos: todo o século dezesseis e, conforme dito acima, com as várias e confusas leis, durante o século dezessete.

No mesmo período, os africanos foram sendo comercializados e sua entrada, em maior número deu-se a partir do século dezessete.

Desde a ocupação portuguesa em 1500 até o final do século dezessete, a chamada “economia brasileira” baseou-se, em princípio, no pau-brasil e, em seguida, na cana de açúcar e, ao menos, pelo começo do século dezoito, ainda poderemos falar em cana de açúcar. Mas, no século dezessete, além da cana de açúcar começou-se e exploração das minas de ouro. Intensificou-se, assim, o comércio de africanos internos.

Os proprietários paulistas se dirigiam ao Rio de Janeiro para comprar escravos por alto preço (a fim de utilizá-los nas minas de ouro). Tal situação criou certa crise na produção de cana de açúcar.

Com a crise na produção de açúcar, houve proibição do aproveitamento da mão de obra escrava (africana) nas minas de ouro o que acabou por intensificar o comércio e aquisição de africanos diretamente de Angola. Estima-se que durante o século dezoito mais ou menos 1 milhão de africanos entraram no Rio de Janeiro.¹⁸

Segundo algumas fontes, o Brasil possui cerca de 7 milhões de indígenas e, no curso dos séculos dezesseis a dezoito, entraram mais ou menos 9 milhões de africanos (conforme um dado europeu, foram aproximadamente 40 milhões de negros).¹⁹

Enfim, esses milhões foram, desapossados (os indígenas) ou transferidos da África como *res* (coisa patrimonial).

16 – Estou chamando de “familiares” para designar, na verdade, filhos e parentes próximos.

17 – Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezessete. Vol 6. Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1965, pág 34;

18 – Vivaldo Coaracy. O Rio de Janeiro no Século Dezessete. RJ: José Olympio Ed, 1965, pág 247;

19 – Romain Rainero. Storia dell’Africa: dall’epoca coloniale ad oggi. Torino: Edizioni Raí, 1966.

Difícil traçar em um trabalho como esse, de caráter quase ensaístico, todas as repercussões, todavia, alguns aspectos atuais da organização social e política, as crises urbanas, os conflitos nas áreas indígenas, têm seus nascedouros em um Brasil colonial que não se preocupou com a sanha e excitação mercadológica. Muitos indígenas morrem ou são expulsos de suas áreas ainda hoje. Há uma população favelada de 11 milhões de seres humanos e os conflitos agrários estão longe de se resolver.

A terra foi usada, melhor seria dizer: usurpada. Houve abuso da mão de obra indígena, inclusive com legitimação, em vários momentos, da própria comunidade religiosa. Poderíamos dizer que os corpos dos milhões de indígenas, caçados, acorrentados, bem como dos milhões de negros, transformaram-se em adubo, em pasto, em mortandades. Não havia – e não houve – sequer registros individuais. Mercadoria descartável.

Como explica Alfredo Bosi, o negro foi marcado pela maldição de Cam.²⁰ Trata-se de uma maldição bíblica (conforme leitura católica) que foi lançada sobre Cam e sua geração, ou seja, os africanos. Conforme a interpretação católica da Bíblia, a partir do livro de Gênesis, Noé amaldiçoou Cam (o pai dos africanos) para servir a seus irmãos Shem e Jafé perpetuamente.

Tal interpretação foi levada para o tempo colonial, mantida pelo discurso religioso a tal ponto de criar a apatia pelo negro. Ou seja, a maldição é do negro, do africano, pela mão de Noé, portanto, carrega em si mesmo a vontade divina.

Em face da economia desde logo extrativista e, depois, monocultural e, ainda, o fato da produção servir-se de mão de obra escrava, podemos apontar a origem dos latifúndios. Grandes porções de terra para a extração de riquezas ou cultivo de uma só cultura com mão de obra servil.²¹

Marx, citado por Alfredo Bosi, dá o tom preciso:

*O descobrimento das jazidas de ouro e prata da América, a cruzada de extermínio, escravização e sepultamento nas minas da população aborígine, o começo da conquista e o saqueio das Índias Orientais, a conversão do continente africano em zona de caça de escravos negros, são todos fatos que assinalam os albores da era da produção capitalista. Estes processos idílicos representam outros tantos fatores fundamentais no movimento da acumulação originária. Atrás deles, pisando em suas pegadas, vem a guerra comercial das nações européias, cujo cenário foi o planeta inteiro.*²²

20 – Alfredo Bosi. *Dialética da Colonização*. 2ª edição. SP: Companhia das Letras, 1994, pág. 246 e segs.

21 – Eis o contexto que nos trazem Sérgio Buarque de Holanda, Florestan Fernandes, Myrian Ellis et alii, no *A Época Colonial*. Tomo I, Volume 2. SP: Difusão Européia do Livro, 1960, pág. 192 e segs.;

22 – Karl Marx. *El Capital*. México, FCE, vol II, p. 638, apud Alfredo Bosi. *Dialética da Colonização*. 2ª edição. SP: Cia das Letras, 1994, pág. 20

Um novo elemento vai compor o quadro social e rural brasileiro. Trata-se do imigrante.

5. A Imigração e a Terra²³

A imigração brasileira marcadamente italiana deve ser vista sob dois ângulos, em termos sociais. Um deles é a decadência da mão de obra escrava como elemento de economia e, daí, a necessidade de se contratar mão de obra paga. Vale dizer, trabalho livre. A necessidade da mão de obra imigrante deu-se já em um momento de superação da cana de açúcar e em pleno desenvolvimento do café.²⁴ Imigração é uma necessidade brasileira, mas, a outra faceta deve ser o peso da emigração.

Em outras palavras, o imigrante brasileiro é, antes de mais nada, um emigrante. Ele carrega consigo uma história européia, uma história de família, de guerras, de empobrecimento e, em muitos casos, diria, a maioria, a perspectiva de retornar à sua pátria.

Um outro aspecto que nunca foi muito levado em conta no Brasil em relação ao imigrante, além do fato de ser ele um emigrante, é que o imigrante não é necessariamente de um mesmo grupo nacional. Isso vale outra vez, em especial, para o italiano. O que parece chegar ao Brasil é imigração italiana, mas, apenas por um equívoco, pois o que chegam realmente, são cidadãos napolitanos, sicilianos, calabrês, venezianos, romanos etc. Cada qual com sua língua (e não dialeto), suas histórias e, no caso da Itália, uma recente história de unificação forçada que levou milhares à morte.

Esse é o quadro social, em resumo, do imigrante que chega ao Brasil. Daí que para logo mostrar-se-á que esta pessoa não se submete como o fazia ainda o escravo ou, ainda, mais anteriormente, o indígena.²⁵

Poucos desses milhões de imigrantes conseguirão adquirir uma gleba. A grande maioria vai se dirigir às capitais, em busca de novos trabalhos na área urbana. São Paulo é o exemplo mais contundente em alguns bairros da Zona Leste, destinos de famílias inteiras de imigrantes que, impedidos de adquirir a terra, vão desenvolver quaisquer outras atividades na área urbana.

Principalmente, se considerarmos que a grande massa imigratório chegou em fins do século dezenove e, portanto, entra no século vinte enfrentando duas grandes guerras, com repercussão imediata em face da segunda guerra (já que a origem dos imigrantes era maiormente da Itália, envolvida no Eixo).

23 – Caio Prado Junior. História Econômica do Brasil. SP: Brasiliense, 1994, pag 187

24 – Cheywa R. Spindel. Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira. RJ: Paz e Terra, 1980, pág 54 e 55

25 – Um bom livro, nesse sentido, é o de Renzo M. Grosselli. Da Schiavi Bianchi a Coloni. Um Progetto per le Fazendas. Trento: EFFE, 1991;

6. Um Detalhe do Pensamento Colonial

a. Um Asp cto: O *Plagium* Como Manuten o do Pensamento Escravista dos Produtores Brasil(eiros)

Um dos aspectos mais graves, em termos de embate social, injustiça e destrui o das rela es sociais   o trabalho escravo (*plagium*).

O trabalho escravo, em qualquer modalidade, não   apenas a explora o da mão-de-obra.   mais.   a destrui o do ente humano, da liberdade e da dignidade humanas.   o fato destruidor do ser humano integral, ou seja, de seu corpo, de sua alma, de seu intelecto e de suas rela es sociais.   o desfazimento da identidade de uma pessoa, a destrui o de sua história e a quebra de suas perspectivas! O trabalho escravo  , a qualquer tempo, a injustiça plena e a nega o da pessoa humana como sujeito de direito e, acima de tudo, dos direitos da personalidade.

No caso do Brasil, como denuncia sua História, há uma práxis e mentalidade escravocratas ou, para dizer o mínimo, de uma mentalidade exploradora que vai, neste sentido, permear toda e qualquer rela o de produ o e comércio, com repercussões nas áreas sociais, de f milia e de educa o.

O processo de escraviza o foi e  , ainda, multifacetado. Começou com uma tentativa de submeter os índios, habitantes originais da terra, para depois, fazer o tráfico de negros da África para a América do Sul, de início legal e, depois, de forma ilegal.

Com as pressões internacionais do final do século XIX, o Brasil, último país do mundo (e São Paulo, última província) a liberar os escravos, fez uma campanha na Europa, com foco sobre a Itália, então, recém unificada, para cooptar mão de obra para suas lavouras de café, neste caso, objetivando uma substitui o da mão-de-obra negra por aquela italiana.

Com dificuldades de manter a opressão sobre os italianos e seus filhos, na segunda metade do século XX, especialmente, com a instala o da indústria automobilística na região do ABC, no Estado de São Paulo, houve nova campanha, agora interna, para aquisi o de mão-de-obra da região nordeste – os chamados nordestinos!

Finalmente, ao final do século XX, com a explora o das reservas naturais, a mão-de-obra foi reconduzida para o centro-oeste, floresta amazônica, norte, a fim de servir aos propósitos agropecuários.

Aproximadamente 12,3 milhões de pessoas sofrem explora o de trabalho escravo.

Deste total, 1,3 milhões apenas na América Latina.²⁶ Persiste, ainda, atualmente, embora com avanços no combate à prática da exploração do trabalho escravo, reconhecidos pela ONU e pela mesma OIT – Organização Internacional do Trabalho.

O trabalho escravo é utilizado, principalmente, em dois setores produtivos da economia brasileira. O trabalho escravo rural, do campo, do agronegócio e o trabalho escravo urbano, especialmente, nos setores relacionados às confecções e às grandes lojas de roupa. Há, ainda, um terceiro campo de trabalho escravo referente à exploração sexual, com aliciamento e tráfico de mulheres, muitas das quais, ainda menores de idade que são retiradas de regiões distantes para serem submetidas nas capitais brasileiras. Muitas destas mulheres são transferidas para Europa e impedidas de retornar e, também, de se comunicarem com seus familiares. Mas, o assunto da exploração do trabalho escravo derivado da prostituição será deixado para uma nova oportunidade (da tese de doutoramento), tendo em vista que nos preocupamos aqui com o trabalho no setor econômico, principalmente rural.

No campo, os, então escravos, são aliciados em suas cidades, geralmente nordestinos (originados dos Estados do Ceará, Piauí, Maranhão, Pernambuco, Bahia, Alagoas, Sergipe, Rio Grande do Norte, entre outros). Tais pessoas, por estarem desempregados e em estado de pobreza ou, pior, de miséria absoluta, acreditam no discurso dos aliciadores e são levados para fazendas localizadas em lugares remotos, comumente, na região amazônica. Ao chegarem, são obrigados a contrair dívidas com ferramentas e alimentos, sendo-lhes impedida a saída, pois ficam sob guarda constante de capatazes armados. Trabalham tanto na agricultura como na pecuária, sem condições mínimas e sem direitos trabalhistas. Desde 1995, foram resgatados aproximadamente 39.000 pessoas nestas regiões.²⁷

O Brasil possui 27 Estados, dos quais 19 foram arrolados como praticantes de exploração de trabalho escravo, em agronegócios.

Na área urbana, o aliciamento ocorre, também, entre os nordestinos e, entre os países vizinhos do Brasil, inclusive com propaganda em jornais e rádios, prometendo sucesso econômico.

Os aliciadores fazem, aliás, como também faziam os agenciadores na Europa, especialmente na Itália em fins do século XIX. Assim como naquele século, os aliciadores apontam o Brasil como um país de oportunidades, fácil enriquecimento e estrutura social de acolhida.

26 – Conforme o relatório UMA ALIANÇA GLOBAL CONTRA O TRABALHO ESCRAVO, de 2005, da OIT – Organização Internacional do Trabalho

27 – Dados oficiais (PF e MPF)

Atualmente, da Bolívia vem um grande contingente de trabalhadores para o Brasil. Em 2011, a ONU denunciou o Brasil em seu relatório, apontando a presença de 100.000 bolivianos no Estado de São Paulo, a região mais rica do Brasil, dos quais, a metade estava em condições ilegais e, assim, sofrendo algum tipo de abuso e exploração. Há, também, o aliciamento de paraguaios e, neste caso, para o serviço doméstico irregular e ilegal.

A situação mais grave refere-se aos bolivianos que são conduzidos de forma ilegal (contrabando de pessoas) e levadas para as zonas centrais da Cidade de São Paulo, onde ficam morando em pequenos quartos com muitas pessoas, mulheres e crianças. Seu trabalho em turno constante é no setor de confecções que atende, de forma indireta, às grandes lojas de roupas. Ao chegarem seus documentos são apreendidos pelos aliciadores e, sem documentos, ficam sob regime de ameaça e medo constantes, não podendo, também, se retirar do local ou se movimentar, sem acompanhamento constante e violento. As autoridades brasileiras estão em alerta constante e, sempre, coibindo tais práticas, mas, assim como ocorre em outros setores, a exploração resiste, mantém-se e se aprofunda.

O Governo, por intermédio do MTE – Ministério do Trabalho e do Emprego, da SIT – Secretaria Especial de Fiscalização, da PF – Polícia Federal, em conjunto com os Grupos Estaduais de Fiscalização Rural e MPT – Ministério Público do Trabalho, abriu muitas frentes de combate que vão desde ações de denúncia diretamente no Ministério e na Procuradoria, bem como, ações de enfrentamento direto com os Grupos Móveis de Fiscais do Trabalho em conjunto com a Polícia Federal

Há, também, um Cadastro Nacional do Trabalho Escravo que mantém lista atualizável dos exploradores, a fim de inibir qualquer tipo de financiamento.

Pelo lado do Congresso Nacional, criou-se a CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito, do Trabalho Escravo, a fim de se mapear, responsabilizar e verificar o caminho pelo qual o trabalho escravo se estabelece no Brasil.

Desde 1995, a Secretaria Especial de Fiscalização com o apoio da Polícia Federal e atuação do Ministério Público Trabalho, resgataram 39.000 trabalhadores rurais em regime de escravidão. A fim de amparar os resgatados, foi aprovada a Lei 10.608/2002 que fornece certo valor como seguro-desemprego especial para o resgatado, além de recursos financeiros para o retorno à cidade de origem.

O Judiciário brasileiro tem efetivamente julgado, mas com base no vigente Código Penal de 1940, Artigo 149, modificado e aumentado Lei 10.803/2003, que trata da redução de uma pessoa à condição análoga a de escravo em suas variadas facetas, e pena de 2 a 8 anos e multa, com agravante para o caso da vítima ser criança ou adolescente ou motivo de preconceito em relação à raça, etnia, cor, religião ou origem.

Nos casos de condenação, além da aplicação das sanções penais, o Judiciário tem imposto multas milionárias cujo valor é direcionado ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Verificou-se que, no caso do trabalho escravo urbano, sobretudo, em relação às milhares de confecções encontradas, de forma ilegal, nas áreas centrais, há um fenômeno que propicia o aliciamento da mão de obra, bem como a dificuldade de responsabilização. Trata-se da terceirização. As grandes lojas terceirizam sua fabricação de roupas que, por sua vez, multiplica-se em mil faces produtivas, com a base ilegal. Por se tratar de milhares de pequenas oficinas, em operação micro-cósmica, o Ministério Público encontra dificuldade para dismantelar e responsabilizar os criminosos. Então, uma das atuações tem sido contra as grandes lojas, chamadas para responder de forma efetiva e para dar conta do produto vendido em suas vitrines. São ações incansáveis, mas, com resultado ainda a desejar.

Com a esperança de impingir uma sanção ainda maior, foi apresentada em 1995 uma PEC – Projeto de Emenda Constitucional a fim de punir com mais rigor o explorador de mão de obra escrava. Mas, esta PEC, de número 232/95, não logrou êxito, sendo bloqueada no Congresso Nacional, onde muitos Deputados e Senadores ou são, eles mesmos, os grandes latifundiários, ou são representantes dos latifundiários, compondo em qualquer caso a chamada “Bancada Ruralista”, com maior resistência à punição do trabalho escravo.

Outra PEC do Trabalho Escravo foi apresentada em 1999, recepcionada, mas com resistência da mesma Bancada Ruralista. Tornou-se a PEC 438/2001, que prevê alteração do Artigo 243 da Constituição Federal, ampliando o seu alcance e aplicação.

Atualmente, por conta deste dispositivo constitucional, é possível expropriar terras, sem pagamento de indenização, de quem cultivar plantas ilegais, especialmente, as psicotrópicas.

Com a PEC 438/2001, o dispositivo seria, também, aplicado contra os que se utilizam do trabalho escravo, com a mesma repercussão, ou seja, expropriação das terras sem indenização e, assim, confiscadas para atender ao programa de assentamento de famílias e reforma agrária.

Mas, embora recepcionada e aprovada pelo Senado Federal em 2001, a PEC 438 ficou parada na Câmara dos Deputados, onde a Bancada Ruralista conseguiu mantê-la “na gaveta”. No dia 28 de janeiro de 2004 ocorreu uma chacina em que foram assassinados quatro funcionários ligados à Auditoria do Trabalho na Cidade de Unai, no Estado de Minas Gerais, que realizavam ali uma fiscalização contra o trabalho escravo. Por isso mesmo, em face da grande repercussão desencadeada pela chacina, a Câmara

dos Deputados rapidamente aprovou em primeiro turno a PEC 438, período em que, também, foi sancionada a Lei 12.064 instituindo o dia da chacina, 28 de janeiro como **Dia Nacional do Combate ao Trabalho Escravo**. Por tratar-se de Emenda Constitucional, a PEC 438 ficou, então desde 2004, aguardando a votação em segundo turno, o que vinha sendo impedido por parte dos Deputados.

Porém, em junho de 2007, um novo fato deu fôlego à PEC 438, o Grupo Móvel de Fiscalização, ligado ao Ministério do Trabalho e Emprego, resgatou 1.064 pessoas da Fazenda Pragisa e um grupo de Senadores, ligados aos produtores rurais, teceu duras críticas ao trabalho do Grupo. O grupo de senadores considerou o trabalho do GMF duro. Em função de tais ilegítimas críticas, a sociedade civil e grupos parlamentares movimentaram-se no sentido de aprovar a PEC 438 em segundo turno e fazer a reforma constitucional

No contexto interno, vários grupos e instituições, tais como a CUT – Central Única dos Trabalhadores, vários Programas das Universidades Federais, a AJD – Associação Juizes para Democracia, e, no plano externo, a OIT – Organização Internacional do Trabalho, a ONU, declararam apoio à aprovação final da PEC, forçando a Câmara dos Deputados a votarem.

Desde então, os sindicatos fizeram intensa campanha junto às suas bases para a aprovação da PEC.

A AJD – Associação Juizes para Democracia abriu seu espaço, bem como, seus canais de comunicação, para debater o tema com especialistas e professores e, finalmente, agremiar assinaturas em abaixo-assinado, especialmente dos Magistrados ligados à emancipação do trabalhador e encaminhar ao STF – Supremo Tribunal Federal.

No sul do Brasil, um movimento chamado especialmente Direito Alternativo, vem desde o início dos anos 1990 com um expressivo combate às práticas de injustiça, incluindo entre elas a luta contra o trabalho escravo, especialmente rural.

Após a divulgação oficial do ano de 2011 de que houve 230 ocorrências de trabalho escravo em 19 Estados brasileiros, com aproximadamente 4.000 pessoas resgatadas, acentuou-se a pressão sobre os Deputados, agora envolvendo estudantes de Direito, Professores, a mesma AJD - Associação Juizes para Democracia, entre outros.

Assim, depois de 12 anos tramitando e bloqueada no Congresso Nacional, a PEC 438 foi finalmente aprovada em maio de 2012, a fim de criar a anunciada Emenda Constitucional e tratar com maior rigor, mantidas as sanções administrativas e penais, a exploração do trabalho escravo. Foi uma grande derrota para a bancada ruralista que perdeu seu fôlego em face de todos os movimentos sociais e civis a favor da PEC 438.

Mas, há muito ainda por ser feito. A maior das lutas, como anunciado na apresentação do presente texto, refere-se a um “Ethos”, um modo de pensar e agir no Brasil em relação a tirar vantagem do trabalho escravo, em qualquer de suas características.

Por isso mesmo, mantidas as leis penais e administrativas, o trabalho incessante dos Ministérios relacionados, a aprovação da Emenda Constitucional, é preciso avançar ao fundo do problema. Então, há movimentos Universitários, refiro-me às Universidades Federais, com o propósito de juntar esforços para a formação de uma mentalidade e de uma práxis educacional, a começar com os estudantes, não apenas dos Cursos de Direito, mas de quaisquer outros Cursos, especialmente, os das Ciências Humanas.

Uma variável deste trabalho, também, reside na formação de uma frente de trabalho para esclarecimento do consumidor, ensinando-lhe a verificar a procedência das mercadorias que adquire, pois conforme ensinou Zino Zini em seu livro GIUSTIZIA, de 1907,²⁸ é possível resistir e não comprar, por exemplo, mercadorias cuja produção tenha sido fruto de um trabalho escravo ou injusto.

No que respeita aos Direitos Humanos, flagrantemente violados por esse crime e perversidade, lembramo-nos, também, dos ensinamentos de Norberto Bobbio, em L'ETÀ DEI DIRITTI, de 1990, para quem não basta haver Direitos Humanos ou Declaração dos Direitos do Homem, mas, agora, é preciso efetivá-los. A grande luta é, hoje, na efetivação e não mais na Declaração.

Por isso mesmo, aprovada a PEC 438, a mobilização continua, agora para formação e informação, esclarecimento e debates constantes, pois sempre haverá alguém querendo explorar, sempre haverá alguém explorável por quaisquer razões, em especial, por razões de necessidade e, portanto, deve haver sempre grupos de trabalho, governamentais, universitários, nacionais e internacionais, com o objetivo de, por um lado, resistir e impedir a exploração; por outro, formar e lançar luzes para um futuro de sociedade esclarecida e, sobretudo, emancipada.

Há hoje, no Brasil, um esforço concentrado da Magistratura, especialmente, da AJD - Juizes para Democracia, dos Cursos de Direito federais, do Ministério Público Federal, do Ministério do Trabalho e Emprego e grande parte da sociedade civil organizada, no sentido de fazer valer as leis contra o trabalho escravo, bem como, o dispositivo da PEC 438.

Mas, é consenso entre aqueles que atuam na luta contra o trabalho escravo que apenas a alteração da Legislação é insuficiente. O trabalho escravo, hoje, se cria com quatro elementos: o JURÍDICO, o ECONOMICO, a EDUCACAO e o AMBIENTAL.

28 – Livro que estou traduzindo para o português;

A miséria (ECONOMIA) é a principal fonte deste crime e, em face desta constatação, o governo brasileiro vem, nos últimos quinze anos, atuando nesta área com programas específicos de combate à miséria: Programa Solidariedade, Fome Zero e Erradicação da Pobreza (1994 a 2012) que tem alcançado níveis bons de sucesso e reconhecimento. As áreas da Educação e Ambiental ainda estão sem a devida atenção, o que é lamentável.²⁹

7. A Título de Conclusão

Penso que a título de conclusão devo marcar, antes de mais nada, que o presente trabalho não é definitivo. Não poderia, pois cada item leva a uma imensidão de livros, pesquisas, bibliografias, dados necessários para o aprofundamento.

Mas, a ideia era trazer uma reflexão do uso e abuso da terra no Brasil. Poderia ser simplista passar pelos períodos colonial, monárquico e republicano como se fossem datas. Mas, preferi apontar que há, ainda, um tipo de pensamento, diria mesmo um “ethos”, ou seja, um comportamento explorador, um tipo de ação que afasta o indígena, o africano e, por último, o imigrante, da posse e propriedade da terra.

Ademais, o desfazimento cultural de cada um desses grupos: indígena, africano e imigrante, dada a ocupação dos grandes proprietários em retirar o máximo de lucro e manter, ainda hoje, a maior dimensão de terra possível. O Brasil é um país em constante movimento. As massas não param, não pairam, não fazem *domus*, ou seja, não lançam raízes. No campo, os latifúndios (conceito ainda relevante), muita terra nas mãos de poucos. Na área urbana, 11 milhões de favelados e outros milhões vivendo de contrato locatício ou em cortiços.

Penso que alguma coisa não andou bem, ainda, desde 1988, com o promulgação da Constituição Federal que prometia ser um grande pacto social e econômico, de caráter inclusivo. Não ocorreu ainda.

Pensei em terminar esse rápido trabalho com Proudhon:

“o que é a propriedade? A propriedade é um roubo!”³⁰

Mas, antes dessa pergunta/resposta, Proudhon ameaça outra, talvez, no caso do Brasil, mais oportuna:

“o que é a escravatura? É o assassinio!”³¹

29 – O tema acima acerca do plágium, trabalho escravo, foi por mim apresentado no Congresso Internacional de Direitos Humanos contra o Tráfico de Pessoas, realizado na St Thomas University, Florida, USA, em julho de 2012;

30 – Joseph-Pierre Proudhon. *O Que É A Propriedade?* 3ª edição. Lisboa: Editorial Estampa, 1997, pág 11

31 – Idem, pág 11;

A mentalidade escravista, exploratória tem sido responsável pela morte de milhões de pessoas no Brasil. E, então, volto, uma vez mais, com Alfredo Bosi, ele mesmo e, também, citando Gilberto Freyre:

A barbarização ecológica e populacional acompanhou as marchas colonizadoras entre nós, tanto na zona canavieira quanto no sertão bandeirante, daí as queimadas, a morte ou a preação dos nativos. O açúcar eliminou o índio (citando Gilberto Freyre). Hoje poderíamos dizer: o gado expulsa o posseiro; a soja, o sitiante; a cana, o morador. O projeto expansionista dos anos 1970 e 1980 foi, e continua sendo, uma reatualização em nada menos cruentado que foram as incursões militares e econômicas dos tempos coloniais.

8. Bibliografia Consultada

ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano: Historia e Instituciones*. Buenos Aires: Ástrea, 1997;

BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. SP: Cia das Letras, 1994;

CHAGAS, Sílvio Donizete. *Lições de Direito Alternativo*. SP: Editora Acadêmica, 1994;

COARACY, Vivaldo. *O Rio de Janeiro no Século Dezesete*. RJ: José Olympio Editora, 1965;

COULANGES, Fustel De. *A Cidade Antiga*. 7ª edição. Tradução portuguesa. II volumes. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1950;

GRINBERG, Keila. *Código Civil e Cidadania*. RJ: Sahar, 2001;

GROSSELLI, Renzo M.. *Da Schiavi Bianchi a Coloni: Um Progetto per le Fazendas*. Trento: EFFE, 1991;

HOLANDA, Sérgio Buarque et alli. *Época Colonial*. Tomo I, volumes I e II. SP: Difusão Européia do Livro, 1960;

IANNI, Constantino. *Homens Sem Paz: Os Conflitos e os Bastidores da Emigração Italiana*. SP: Difusão Européia do Livro, 1963;

JAEGER, Werner. *Paideia: A Formação do Homem Grego*. SP: Martins Fontes, 1979;

MARTINS, José de Souza. *Introdução Crítica à Sociologia Rural*. SP: Editora Hucitec, 1981;

MARTINS, José de Souza. *Os Camponeses e a Política no Brasil.: As Lutas Sociais no Campo e seu Lugar no Processo Político*. 3ª edição. RJ: Vozes, 1986

NERY, Adalgisa. *Retrato sem Retoque*. RJ: Civilização, 1963;

PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. SP: Brasiliense, 1994;

PROUDHON, Joseph-Pierre. *O Que é a Propriedade?* 3ª edição. Lisboa: Estampa, 1997;

RAINERO, Romain. *Storia Dell'africa Dall'epoca Coloniale Ad Oggi*. Torino; ERI, 1966;

SALVADOR, Frei Vicente do. *História do Brasil: 1550 – 1627*. SP: Melhoramentos, 1965

SPINDEL, Cheywa R. *Homens e Máquinas na Transição de uma Economia Cafeeira*. RJ: Paz e Terra, 1980;

TUFANO, Douglas. *Comentários à Carta de Pero Vaz De Caminha*. SP: Moderna, 1999;

