



Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 18 - Número 3

2020 - Ed. Especial





Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3,  
p. 1-262, 2020 - Ed. Especial

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, objetivando intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

**Editora Chefe:**

Cristina Tereza Gaulia

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora da Assessoria Acadêmica de Pesquisa e Publicação:** Ana Cristina  
Willemann Flores

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodre da Silva

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Diretor da Divisão de Design Gráfico:** Ébano Machel do Rosário Assis

**Projeto Gráfico - Capa:** Jaqueline Diniz

**Diagramação:** Rafaelle Neves

**Revisão Ortográfica:** Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003-.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05

CDU 34(05)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJRJ

---

### **Presidente**

Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira

### **Corregedor-Geral da Justiça**

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

### **1º Vice-Presidente**

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

### **2º Vice-Presidente**

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

### **3º Vice-Presidente**

Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos



## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

---

### **Diretora-Geral**

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

### **Conselho Consultivo**

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo  
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira  
(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

## **EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:**

---

### **EDITORA CHEFE**

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

### **CONSELHO EDITORIAL**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Msc. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, Friedrich Alexander Universität Erlangen - Nürnberg, FAU, Alemanha.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

## **PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME**

Doutor Aragon Érico Dasso Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil.

Doutor Buenã Porto Salgado, Universidade Estadual do Tocantins, UNITINS, Brasil.

Doutor Carlos Alexandre Moraes, Centro Universitário de Maringá, CESUMAR, Brasil.

Doutor César Marció, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, Brasil.

Doutora Cleide Calgaro, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil.

Doutor Dirceu Pereira Siqueira, Centro Universitário de Maringá, CESUMAR, Brasil.

Doutor Fausto Santos de Moraes, Fundação Meridional, IMED, Brasil.

Doutor Gil César Costa de Paula, Pontifícia Universidade Católica De Goiás, PUC-GO, Brasil.

Doutora Hadassah Laís de Sousa Santana, Instituto Brasileiro de Direito Público, IDP, Brasil.

Doutor Ilzver de Matos Oliveira, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Doutor Jéffson Menezes de Sousa, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Doutor Luis Felipe Lopes, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.

Doutora Mariângela Guerreiro Milhoranza, Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, Brasil.

Doutor Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil.

Doutor Paulo Gomes de Lima Júnior, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Doutor Paulo Roberto Ramos Alves, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, Brasil.

Doutora Tanise Zago Thomasi, Universidade Tiradentes, UNIT, Brasil.

Doutora Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil.





# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>ARTIGOS</b> .....	13
A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL	
<i>Adriano Fernandes Ferreira</i>	
<i>Vivian Duarte Tibúrcio de Melo</i>	
<i>Arilson Conceição Feitosa</i> .....	15
CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN CIVIL. EL PROCESO DE CENTRALIZACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO DIECINUEVE	
<i>Antón Lois Fernández Álvarez</i> .....	39
O REGISTRO DE IMÓVEIS E AS ÁREAS PROTEGIDAS PELA LEGISLAÇÃO	
<i>Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva</i>	
<i>Marcelo Buzaglo Dantas</i> .....	77
A CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ: UMA ANÁLISE DO MICROSSISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DO CPC	
<i>Felipe Santana Mariz Nogueira</i>	
<i>Bruna Wieczorek Terra</i>	
<i>Gabriel Alves Benvindo</i>	
<i>Pablo Ruan Leandro da Silva</i> .....	103

QUILOMBOS E A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: RESISTÊNCIA E PRIVILÉGIOS <i>Geisiene Souza Silva</i> <i>Gil César Costa de Paula</i> .....	128
COLUSÕES ALGORÍMICAS: ESTUDO DE CASO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.011791/2010-56 (CADE) - AUTOESCOLAS E DESPACHANTES <i>Hugo Assis Passos</i> <i>Heloísa Gomes Medeiros</i> .....	154
ITINERANT JUSTICE AND PROACTIVE LEGAL SERVICES: ORIGINS, ACHIEVEMENTS AND FUTURE DIRECTIONS <i>Kim Economides</i> .....	176
NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL <i>Maurício Avila Prazak</i> <i>Marcelo Negri Soares</i> <i>Rafael De Ataíde Aires</i> .....	199
REFLEXÕES DA INCIDÊNCIA DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO <i>Rafael Menguer Bykowski dos Santos</i> .....	224
AS MINORIAS LINGUÍSTICAS NO BRASIL: UM ESTUDO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DA ECOLINGUÍSTICA <i>Tadeu Luciano Siqueira Andrade</i> .....	236

# APRESENTAÇÃO

A Revista Direito em Movimento da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, apresenta à comunidade acadêmica uma edição especial.

Em um ano atípico, repleto de dificuldades e complexidades em todos os cenários da vida social, igualmente a área pedagógica e acadêmica viu-se atingida por adversidades a serem superadas.

A pandemia do Coronavírus e as sucessivas crises políticas que a todo instante atingiram pontos sensíveis de nossas leis e da Constituição, reforçaram o interesse dos juristas e estudiosos estimulando a produção de artigos científicos.

O terreno fértil de incertezas, acabou por pavimentar novos tempos para a relação do Direito com todas as demais ciências humanas e sociais. No dizer do poeta português Luís de Camões “*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades, muda-se o ser, muda-se a confiança; todo o mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades*”. (CAMÕES, in “*Sonetos*”, 1971). Esta, portanto, a tônica da edição especial da nossa Revista.

Da análise desse novo contexto nasceu, para acadêmicos, professores e pesquisadores, uma maior densidade das pesquisas, compondo um particular desafio científico e interesse redobrado pelas novas dimensões do conhecimento. Um conhecimento que precisa ser ampliado, vez que está em contínuo movimento desafiando as reflexões da ciência, como sublinha com primor Eduardo Galeano: “*A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.*” (GALEANO, in “*Las palabras andantes*”, 1994).

Para manter os compromissos assumidos, a EMERJ dedicou toda a sua energia cumprindo com todas as suas atividades pedagógicas e de aulas,

pelas vias remotas, inovadoras e eficientes, construindo uma rica pauta de ensino à distância.

Por outro lado, tais fatos acabaram por gerar sobrecarga de todos os participantes e colaboradores desse processo, inclusive sobre a complexa teia que envolve o corpo editorial de um periódico, culminando em inevitáveis atrasos no recebimento de artigos e suas respectivas revisões. Nada impediu entretanto, e mesmo diante de dificuldades operacionais, que fizéssemos o lançamento desta edição especial.

Abre o rol dos artigos desta edição “A atuação da Defensoria Pública como *custos vulnerabilis* na promoção dos direitos humanos em âmbito internacional”, de coautoria do Doutor Adriano Fernandes Ferreira, da *Universidad Castilla-La Mancha*, na Espanha, com os graduandos Vivian Duarte Tibúrcio de Melo e Arilson Conceição Feitosa, ambos da Universidade Federal do Amazonas. Os autores destacam, a necessidade de garantia de representação integral pelo Estado no Acesso à Justiça aos vulneráveis pela via da Defensoria Pública.

Publicamos também nesse volume, vários escritos estrangeiros, destacando-se o “*Constitucionalismo y codificación civil. El proceso de centralización jurídica en el siglo diecinueve*”, tema do artigo do professor doutor Antón Lois Fernández Álvarez, da *Universidad de Vigo*, na Espanha, que analisa os sucessos da Codificação no século XIX no contexto do direito constitucional espanhol.

Os doutores Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva e Marcelo Buzaglo Dantas, professores de direito ambiental, refletem criticamente sobre “O registro de imóveis e as áreas protegidas pela legislação”. Discorrendo acerca das relações entre o Registro de Imóveis e áreas ambientais protegidas pela legislação, problematizando a interação normatizada entre esses dois contextos.

Em “A constitucionalidade da obrigatoriedade do sistema de precedentes em face do princípio da independência funcional do juiz: uma análise do microsistema de resolução de demandas repetitivas do CPC”, os acadê-

nicos em direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida, Bruna Wiczorek Terra, Gabriel Alves Benvindo e Pablo Ruan Leandro da Silva, problematizam a aplicação dos precedentes dentro do sistema de demandas repetitivas e analisam a sua inserção no cenário constitucional.

O pesquisador doutor Gil César Costa de Paula, da Escola de Direito e Relações Internacionais da PUC de Goiás, em parceria com a graduanda Geisiene Souza Silva, discorre acerca das questões relativas à formação do Estado brasileiro, sob um viés econômico, analisando esta formação a partir da expansão do comércio europeu, considerada a questão racial como central do debate: “Quilombos e a formação do estado brasileiro: resistência e privilégio”.

“Colusões algorítmicas: estudo de caso do processo administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes” é o tema sobre o qual escreve o advogado, doutor em direito constitucional, Hugo Assis Passo em conjunto com a doutora Heloísa Gomes Medeiro, abordando a utilização de algoritmos como instrumentos para conluios e conchavos tácitos, em especial, analisando o caso da formação de cartel, pelas autoescolas e despachantes, apreciado pelo CADE.

O professor emérito da Flinders University, South Australia, Kim Economides, brinda a nossa revista com o artigo “*Itinerant Justice and proactive legal services: origins, achievements and future directions*”, em que examina a justiça itinerante e o protagonismo dos serviços jurídicos e da prestação jurisdicional levados à áreas remotas, em favor dos aborígenes, distinguindo e apresentando inovadores modos de prestação de serviços jurídicos.

No universo do “Neoconstitucionalismo no Brasil e a relação com a judicialização da política e o ativismo judicial”, os professores doutores Maurício Avila Prazak, Marcelo Negri Soares e Rafael de Ataíde Aires, desdobram suas reflexões analíticas sobre a jurisdição constitucional no Brasil e a caminhada que se abriu com a Constituição Federal de 1988.

O doutor Rafael Menguer Bykowski dos Santos, pesquisador na área de inovação, direito e desenvolvimento, em abordagem inédita, apresenta

trabalho referente às “Reflexões da incidência da pandemia no direito do trabalho”, destacando as transformações administrativas e legislativas intensas, no mundo laboral, por motivos de precaução e urgência, envolvendo as normas estatais em caráter nacional e global no contexto pandêmico.

Por fim, as reflexões do doutor Tadeu Luciano Siqueira Andrade sobre “As minorias linguísticas no Brasil: um estudo à luz dos direitos humanos e da ecolinguística”, distingue, em texto inovador, o uso da linguagem como mecanismo de opressão de que o Estado dispõe para impor sua força contra as minorias, em contraponto à necessidade de garantia de direitos humanos, numa aproximação entre aquela e os discursos políticos.

Essa edição, valoriza assim, e sobretudo, o conhecimento advindo de outros estados brasileiros e do exterior, tendo em vista que a ciência social aplicada se consolida com a troca intersubjetiva de estudos entre as diferentes perspectivas jurídico-sociais espaciais. Por esse motivo, a Revista traz nessa Edição Especial, textos de autores estrangeiros que descrevem suas realidades e ao mesmo tempo estabelecem profícuos diálogos com o contexto brasileiro.

O objetivo permanente da Revista Direito em Movimento é oferecer subsídios para enriquecer o conhecimento científico e possibilitar ao leitor a reflexão crítica sobre temas atuais inerentes aos contextos jurídico, social, econômico e político, sempre refletindo pensamentos inovadores e multidisciplinares em favor de um Direito que deve manter-se em contínuo movimento.

**Dra. Cristina Tereza Gaulia**

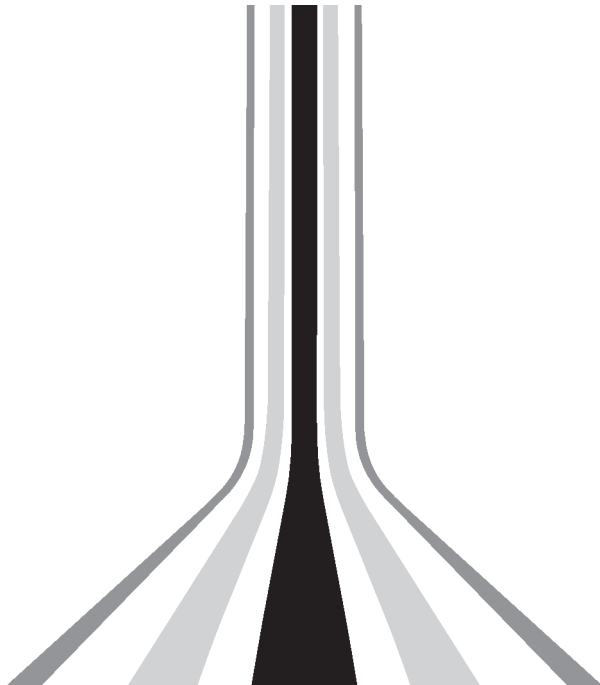
*Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento*

**Me. Hector Luiz Martins Figueira**

*Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento*



# ARTIGOS







# A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL

## Adriano Fernandes Ferreira

Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha (2014) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito e Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM.

## Vivian Duarte Tibúrcio de Melo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

## Arilson Conceição Feitosa

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

Recebido em: 02/09/2020

Aprovado em: 26/01/2021 e 28/01/2021

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a necessidade de representação garantida pelo Estado no Acesso à Justiça aos vulneráveis, por intermédio da Defensoria Pública, atuando progressivamente na promoção, prevenção e defesa dos direitos humanos, inclusive com a utilização cotidiana da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos demais tratados americanos de direitos humanos, bem como dos informes, decisões e opiniões consultivas emitidas pela Comissão e pela Corte Interamericana, além de passar

a encaminhar denúncias para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse sentido, a metodologia do presente estudo partiu de uma análise teórica - utilizando como base diversas doutrinas e artigos científicos do ramo jurídico -, jurisprudencial - em ações julgadas perante o Superior Tribunal de Justiça - e normativa - através de regulamentações da Corte Internacional de Direitos Humanos.

**PALAVRAS CHAVE:** Acesso à Justiça; Defensoria Pública; Corte Interamericana; Grupos vulneráveis; Custos vulnerabilis.

**ABSTRACT:** The present study aims to analyze the need for representation guaranteed by the State in Access to Justice for the vulnerable through the Public Defender's Office, progressively acting in the promotion, prevention and defense of human rights, including with the daily use of the American Convention on Human Rights and other American human rights treaties, as well as advisory reports, decisions and opinions issued by the Commission and the Inter-American Court, in addition to forwarding complaints to the Inter-American Human Rights System. In this sense, the methodology of the present study started from a theoretical analysis - using as a base several doctrines and scientific articles from the legal branch - jurisprudence - in actions judged before the Superior Court of Justice - and normative - through regulations of the International Court of Human Rights.

**KEYWORDS:** The Access to Justice; Public Defender; Interamerican Court; Vulnerable Groups; Vulnerable costs.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Breve contexto histórico; 3. Problemática dos grupos vulneráveis perante o estado brasileiro; 3.1. Segurança Constitucional e legal dos grupos vulneráveis; 3.2. Casos envolvendo o Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comportamento do Estado Brasileiro ante as decisões; 4. Custos vulnerabilis; 4.1 Breve histórico; 4.2 Advento da Defensoria Pública como instituição de defesa dos vulneráveis; 4.3 Legitimidade da Defensoria Pública para atuar na defesa dos vulneráveis; 4.3.1 Legitimidade de atuação perante a Justiça brasileira; 4.3.2 Legitimi-

dade de atuação perante a Corte Americana de Direitos Humanos; 5. Corte Americana de direitos humanos e sua atuação perante os vulneráveis brasileiros; 5.1 Casos da CADH envolvendo a Defensoria Pública como sujeito processual; 5.2 Resultados obtidos pela Defensoria Pública perante a CIDH; 6. Conclusão; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A efetividade dos direitos humanos tem sido um dos maiores desafios da contemporaneidade, uma vez que, somente após sucessivas conquistas históricas, é que possibilitou um alcance no meio legislativo. Com isso, fortalece-se a perspectiva garantista comprometida com um Estado Democrático de Direito, cuja atuação, legitimação e finalidades estão guiadas pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais<sup>1</sup>.

Carlos Roberto Husek (2017) dispõe que os direitos humanos e humanitários têm ligação intrínseca com o Direito Internacional Público, uma vez que os direitos fundamentais, embora sejam os mesmos direitos humanos, estão limitados no tempo e no espaço porque fazem parte de um determinado sistema jurídico, normalmente implementado no sistema constitucional pela Lei Maior. Entretanto, os tratados internacionais e/ou os fatos e atos internacionais, podem e devem ser confrontados com os direitos ditos humanos e não apenas os fundamentais (HUSEK, 2017. p.45).

Com isso, busca-se, com o presente artigo, delinear a atuação da Defensoria Pública no acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento fortalecido de uma perspectiva garantista multinível de direitos constitucionais e convencionais. Elaborou-se, portanto, uma visão sistemática no que tange às relações entre o direito interno e direito internacional, buscando-se o tratamento em outras ordens jurídicas, para, consolidados os princípios do texto constitucional de 1988, implementar a análise dos procedimentos de celebração e de incorporação dos tratados

---

<sup>1</sup> A utilização dessa expressão, no presente ensaio, é no sentido de designar os direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno. Outras expressões, e.g., “direitos do homem”, “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos humanos contemporâneos”, caso utilizadas, serão respectivamente contextualizadas.

internacionais de direitos humanos ao direito brasileiro e de sua posição hierárquica no plano das fontes normativas.

À vista disso, na primeira seção, apresentam-se as problemáticas, ante o Estado Brasileiro, dos grupos de vulneráveis, consoante suas respectivas seguranças constitucional e legitimidade de atuação das Defensorias Públicas ante a Corte Americana de Direitos Humanos. Posteriormente, busca-se demonstrar seu papel como instituição catalisadora de uma postura dialógica entre as instâncias nacionais e internacionais de proteção dos direitos humanos e, por fim, pretensioso demonstrar quais foram os resultados obtidos com a atuação da Defensoria Pública na esfera internacional.

## 2. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Os direitos humanos consistem nas garantias a que todos os indivíduos fazem jus, que, primordialmente conquistaram destaque com o fim da II Guerra Mundial e após ganhar destaque, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, que visava a reconhecer a humanidade como dotada de dignidade (ACCIOLY, 2012, p. 493).

Com esse valor subjacente, visou-se a proteger o indivíduo, independentemente da nacionalidade, constituindo o núcleo essencial de todos os direitos fundamentais. Em âmbito internacional, têm-se os chamados direitos humanos e, em âmbito interno, chama-se direitos fundamentais.

Em virtude de ser a DUDH uma declaração e não um tratado, afirma André de Carvalho Ramos que há discussões na doutrina e na prática dos Estados sobre sua força vinculante, de tal modo que podemos verificar três possíveis vertentes: (i) a DUDH possui força vinculante por se constituir em interpretação autêntica do termo “direitos humanos”, previsto na Carta das Nações Unidas, ou seja, um tratado que por si já possui força vinculante; (ii) possui força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; e por fim, (iii) representa tão somente a *soft law*<sup>2</sup> na matéria, que

2 A origem da expressão *soft law* não é clara em sua integralidade; a doutrina costuma atribuir a fórmula a Arnold McNair, que utilizou a expressão referindo-se a “*apparent non-binding rules that entail certain legal consequences for states*”, aparentemente com o sentido de designar determinados princípios abstratos em oposição

consiste num conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam orientar a ação futura dos Estados, para que, então, venham a ter força vinculante no futuro próximo.

Ao nosso ver, parte da DUDH é tida como espelho do costume internacional de proteção de direitos humanos, em especial no quesito integridade física, igualdade e devido processo legal.

### 3. PROBLEMÁTICA DOS GRUPOS VULNERÁVEIS PERANTE O ESTADO BRASILEIRO

A discussão em tela acerca das vulnerabilidades sociais encontra respaldo didático geralmente associado à temática dos Direitos Humanos – também chamado de Direito das Gentes. Caracteriza-se pela discussão acerca de grupos sociais que constantemente são negligenciados por seu Estado de origem, encontrando-se muitas vezes em indivíduos fragilizados no âmbito normativo e político. Tais grupos podem ser classificados de diversas formas, sendo os mais conhecidos os afrodescendentes brasileiros, os indígenas, os idosos, os LGBTQ+, os deficientes e os menores impúberes.

A vulnerabilidade social aplicada a esses grupos encontra origem ainda nos séculos passados, quando o Brasil atravessava um período infeliz de sua história, marcado pela escravidão e pela subjugação daquelas consideradas minorias, num sistema patriarcal que encontrava suas raízes no modelo de imperialismo europeu. Pode-se dizer que, mesmo após o fim do período escravocrata brasileiro, as desigualdades sociais persistiram, sendo passadas de geração a geração até a época contemporânea.

Nesse sentido, cabe destacar a evolução garantista que o Poder Constituinte agregou à Constituição Federal de 1988. Foi explicitado, pela pri-

---

ao direito concreto (cf. Arnold McNair, *The functions and defining legal character of treaties*, *British Year Book of International Law*, 1930, p. 100). Contudo, o debate doutrinário, no plano do direito internacional, apenas se generalizaria na década de 70 do século passado, com o advento de instrumentos e mecanismos jurídicos, com grau de normatividade inferior aos das normas tradicionais, que se convencionou designar como *soft law*, em oposição à *hard law* ou direito tradicional. E é no início da década seguinte, a partir da publicação do artigo Prosper Weil, *Vers une normativité relative en droit international?*, R.G.D.I.P. 5, 1982, 86, que se agudiza o debate sobre as virtudes e as desvantagens da *soft law*.

meira vez em nossa Carta Magna, um órgão público de proteção integral àqueles desprovidos dos privilégios sociais: a Defensoria Pública. Um modelo de assistência jurídica gratuita aos necessitados que se coaduna com a visão de Mauro Capeletti e Bryan Garth, os quais propuseram a ideia de “ondas renovatórias de justiça”. (CAPPELLETTI & GARTH, 2020. p.147-148). A quebra do obstáculo econômico faz jus à ideia de uma Defensoria Pública que se responsabiliza por oferecer assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes. Contudo, a atuação defensorial vai muito além disso, assim como o conceito de “necessitado” disposto no art. 134, CRFB/1988. Como veremos adiante, além da quebra da barreira econômica, a Defensoria Pública se propõe a proteger os grupos fragilizados socialmente, numa posição própria chamada de *custos vulnerabilis*.

A Constituição Federal vigente consagrou a Defensoria Pública no capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, confirmando o dever estatal de oferecer proteção jurídica àqueles insuficientes de recursos, buscando romper, assim, as barreiras jurídicas que compunham a sociedade brasileira. Ou seja, quando da elaboração da Defensoria Pública, pode-se dizer que o Estado Brasileiro criou um complexo de aparelhamento responsável pela busca da justiça perante os demais Poderes Estatais.

Dessa forma, destaca-se que a luta pela melhora da situação dos vulneráveis do Estado brasileiro perpassa, principalmente, pela elaboração da Constituição de 1988, a qual estabeleceu políticas e estrutura pública de combate ao negligenciamento dos necessitados. Ademais, no art. 3º da Carta Magna, é estabelecido que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Dito isso, remontamos às palavras de Gilmar Mendes e Adisson Leal, para quem “a concretização desse dispositivo pressupõe atuação do próprio constituinte (originário ou derivado), do legislador ordinário e do governo na formulação e implementação de políticas públicas de diversas ordens”. (MENDES, 2018. p.90). Assim, garante-se que o Estado brasileiro criará programas e disposições normativas capazes de assegurar aos vulneráveis o

ideal de justiça e igualdade tão vislumbrados pelo texto constitucional vigente. Contudo, como se verificará posteriormente, o arcabouço normativo contemporâneo, apesar de vasto, ainda carece de melhor segurança jurídica e prática aos seus destinatários vulneráveis.

### 3.1 Segurança Constitucional e Legal dos Grupos Vulneráveis

Como destacado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por criar a Defensoria Pública, órgão de importante missão para consecução dos direitos humanos, em especial dos grupos vulneráveis. Aliadas a isso, estão as disposições que perpassam pelo corpo constitucional em proteção aos vulneráveis, as quais se encontram principalmente no art. 5º da CFRB/1988, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. (MENDES, 2014. p.1021).

Conseqüentemente, cabe ao Estado brasileiro, adepto do sistema da *civil law*, disciplina, por meios de normas de cunho *erga omnes*, políticas de inclusão social àqueles afastados historicamente de uma proteção legal por parte do ordenamento jurídico interno. Sendo assim, infere-se que, apesar dos tratados e convenções internacionais e da normatividade interna, o direito aplicado aos grupos em situação de vulnerabilidade ainda é visto com maus olhos por uns, enquanto é comemorado por outros setores da sociedade. Cabe, por conseguinte, realizar uma breve análise de algumas legislações de proteção aos vulneráveis no âmbito normativo interno.

No Estado brasileiro, várias são as normas referentes ao tema. Tomamos, como exemplos, o inciso VIII do art. 37 da CRFB/1988, que determina a reserva de vagas para pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos; o art. 5º, inciso I, que trata da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, estas que, até poucas décadas atrás, tinham permissão do ordenamento jurídico pátrio para serem tratadas como inferiores. Até por conta disso, faz-se imprescindível analisar o devido inciso com vistas a buscar mais uma igualdade material que apenas formal; e o art. 3º, inciso IV, ao tratar como objetivo da República brasileira o repúdio a

quaisquer formas de discriminação, abrangendo principalmente uma proteção constitucional aos idosos, aos grupos LGBTQ+ e aos afrodescendentes.

Nessa toada, diversas são as legislações brasileiras que dão concretude aos mandamentos constitucionais. Existe a Lei 8.112/1990, responsável por disciplinar as regras inerentes aos servidores públicos federais e que traz em seu bojo disposições acerca da reserva de vagas às pessoas portadoras de deficiência.

O Código Civil de 2002, por sua vez, foi alterado pela Lei n. 13.146/2015, a qual também é conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, esta dedicada às pessoas portadoras de deficiência e que alterou substancialmente as temáticas cíveis aplicadas a esse grupo. A principal novidade reside na inclusão feita aos deficientes no art. 3º do referido Código Cível, que extinguiu da incapacidade absoluta os PCDs, dando-lhes maior autonomia para prática dos atos civis durante sua vida. Ademais, é nítida a proteção que o Código Penal confere aos vulneráveis no tocante, em especial, ao crime de estupro, buscando proteger os idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes.

A Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), por outro lado, caracterizou-se como uma inovação mais antiga, contudo igualmente importante na seara de proteção aos vulneráveis, ao passo que confere benesses processuais à parte mais fraca da relação de consumo: o consumidor.

Concluindo, resta clara a preocupação do legislador em dar proteção aos vulneráveis frente às desigualdades latentes em nossa sociedade. Contudo, o arcabouço protetor restaria fragilizado se não houvesse aquele que olhasse pelos mais necessitados socialmente. Um dos passos do Estado brasileiro reside em atuar em conjunto com a Defensoria Pública para a consecução da vontade legiferante.

### **3.2 Casos Envolvendo o Estado Brasileiro Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comportamento do Estado Brasileiro ante as Decisões**

Muito se discute no âmbito do Direito Internacional Público a eficácia das decisões proferidas pelas Cortes Internacionais, buscando restringir ao



nosso estudo as sentenças advindas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como o Estado brasileiro tem se comportado perante tais decisões.

Preliminarmente, cabe descrever um pouco do histórico da CIDH, para que fique claro o limite do seu quadro de atuação perante os Estados que fazem parte da referida corte. Inicialmente, em 1969, foi redigida a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. O documento resultante desse encontro foi o tratado considerado de observância obrigatória pelos estados que o ratificassem ou aderissem a ele.

Nesse viés, hodiernamente, pode-se dizer que a relação envolvendo o Estado brasileiro e a CIDH se dá de forma que cabe à República Federativa do Brasil arcar com as disposições dadas pela Convenção Americana. Contudo, embora, o primeiro entendimento aparente ser o mais adequado, o ordenamento jurídico pátrio entende de outra forma. Recorrentemente, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de reconhecer ao Pacto de San José da Costa Rica status de norma supralegal, ou seja, superior hierarquicamente às leis brasileiras, mas inferior à nossa Constituição.

Trazendo à baila casos concretos, cabe exemplificar o caso Ximenes Lopes, famoso por ter sido a primeira ação levada à Corte Interamericana que efetivamente acarretou em sanções ao Estado brasileiro, em virtude do descumprimento de proteção do direito à vida e à vedação da tortura.

Contudo, apesar de, na teoria, ser submisso às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado brasileiro ainda resiste à execução de sentenças proferidas pela CIDH, uma problemática que não se aplica somente ao país, mas que também é objeto de discussão no âmbito acadêmico. Comportamentos como esse afastam a credibilidade de um país perante as Cortes Internacionais, gerando, dessa forma, insegurança jurídica e até prejudicando futuros acordos comerciais.

Dessa forma, ainda que exista discussão acerca da legitimidade das sentenças proferidas pela CIDH, é necessário o mínimo de razoabilidade

do Estado brasileiro em cumprir o disposto nas decisões, com o fito de assegurar o prestígio do país internacionalmente.

#### **4. CUSTOS VULNERABILIS**

O modelo atual de assistência gratuita nasceu como forma de equalizar a situação dos necessitados perante a Justiça. De certo, a Defensoria Pública, como personificação desse modelo, tem cumprido com louvor a sua missão constitucional. Parte do arcabouço normativo que deu status elevado à Defensoria se deve às diversas alterações constitucionais advindas do constituinte derivado (EC n.45/2004, EC n. 69/2020, EC n. 74/2013 e EC n. 80/2014), em especial, após a EC n. 80, em que o referido órgão constitucional assume verdadeiramente um papel de “agente de transformação”, utilizando as lições de Giffoni e Guterres. (GIFFONI & GUTERRES, 2017, p.360)

Nesse recente histórico de evolução institucional da Defensoria Pública, encontra-se uma das recentes – e mais importantes – teses de legitimação do órgão institucional frente aos Poderes Republicanos (Executivo, Legislativo e Judiciário) internos e também Cortes Internacionais, perante as quais o Estado brasileiro se submete: *o custos vulnerabilis*. Como bem remete o termo, a Defensoria Pública atuaria como guardiã dos interesses dos vulneráveis sempre que estes se encontrarem em posição de desigualdade à luz das necessidades humanas.

Um dos principais precursores da tese, o Defensor Público do Amazonas Dr. Maurílio Casas Maia, explica que o próprio termo *custos vulnerabilis* surgiu com fins didáticos, como forma de diferenciar a atuação defensorial do papel exercido pelo Ministério Público enquanto *custos legis* (guardião da lei e da ordem jurídica). (MAIA, 2017, p.155).

##### **4.1 Origem do custos vulnerabilis**

Apresentando novamente as lições de Giffoni e Guterres, “a construção de vulnerabilidade dos grupos sociais está ligada na maioria das ve-

zes a questões de gênero, pertencimento a determinados grupos sociais, étnicos e culturais...”. (GIFFONI & GUTERRES, 2017. p.351). É uma problemática que faticamente está inserida no contexto social brasileiro. Como forma de mitigar a vulnerabilidade social, teses foram desenvolvidas, principalmente envolvendo a atribuição institucional da Defensoria Pública como forma de institucionalizar a proteção processual, o que posteriormente resultaria em proteção material às classes mais desprovidas.

Em artigo publicado em coautoria, um dos precursores da tese sobre a missão de *custos vulnerabilis*, o Defensor Público do Estado do Amazonas Dr. Maurílio Casas Maia e a Doutora Fabiana Rodrigues Barletta explicam que “o ano de 2015 trouxe especiais vitórias para o Direito Processual Civil Coletivo de base democrática, em especial quanto ao acesso à Justiça Coletiva via Defensoria Pública”. (BARLETTA, 2016. p.202). Os primeiros julgados favoráveis à tese proposta surgiram em ações envolvendo a tutela coletiva, nos precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI 3943 e RE 733.433-RG, bem como do Superior Tribunal de Justiça STJ, REsp 1192577). (MAIA, 2017, p.58)

## **4.2 Advento da Defensoria Pública como instituição de defesa dos vulneráveis**

É de enorme relevância acadêmica e prática o estudo da Defensoria Pública, uma vez que a esta cabe a defesa dos necessitados e vulneráveis nos mais diversos âmbitos sociais do conceito. Apesar da institucionalização da assistência judiciária gratuita surgir apenas com a Constituição de 1988, sendo, portanto, uma criação relativamente recente, a Defensoria Pública passou por inúmeras evoluções constitucionais e legais até chegar ao patamar em que se encontra atualmente. (BARBOSA, 2017. p.307).

Dessarte, tais evoluções, contudo, ao mesmo tempo em que vieram para organizar a Defensoria enquanto instituição, também se prestaram (e ainda se prestam) a uma finalidade eminentemente reparatória, se considerarmos a disparidade de aparatos de que carece a instituição quando

comparada, por exemplo, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas ou à Procuradoria-Geral. Nessa conjuntura, Barbosa e Magnani (2015) destacam que, *in verbis*:

A inexistência de autonomia administrativa, orçamentário-financeira e, em certa medida, funcional, impediu a Defensoria Pública de ocupar, dignamente, seu espaço no cenário do acesso à justiça, pres-tando ao jurisdicionado carente um serviço aquém do prometido em sede constitucional. Enquanto outras carreiras despontavam com conquistas importantes, a Defensoria Pública minguava, perdendo credibilidade, confiança e, o que era inda mais comum, Defensores Públicos; estes para as demais ocupações profissionais no competi-tivo mercado de trabalho. (BARBOSA e MAGNANI, 2015, p. 678)

O arcabouço normativo infraconstitucional em prol da Defensoria Pública somente ganhou relevância a partir de 1994, com o advento da Lei Complementar nº 80, responsável por organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como por prescrever normas gerais para sua organização nos Estados. Nesse viés, começaram a surgir as primeiras interpretações e julgados que corroboraram para a teoria de que a instituição, apesar de sua finalidade honrosa, não seria nada mais que um órgão subordinado ao Estado ou à União. Decerto, o texto original da LC 80/1994 carecia de reconhecimento à autonomia da Defensoria Pública – reconhecimento este que só viria a ser positivado com o surgimento da LC 132/2009, a qual alterou consideravelmente dispositivos da Lei Complementar nº 80 de 1994.<sup>3</sup>

Dentre outras alterações, a LC 132/2009 alçou a Defensoria Pública ao status de instituição permanente – o que também viria a ser confirmado, em nossa Carta Magna, cinco anos depois, pela Emenda Constitucional nº 80 -, ou seja, não podendo a mesma sofrer mitigações quanto a sua atividade constitucional por ato do público. Ademais, o art.4º, em seu in-

3 LC 132/2009: “Art. 9º O Capítulo I do Título IV da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 97-A e 97-B: ‘Art. 97-A. À Defensoria Pública do Estado é assegurada autonomia funcional, administrativa e iniciativa para elaboração de sua proposta orçamentária, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo-lhe, especialmente: [...]’”.

ciso XXI, da referida lei inova ao fixar a faculdade de a Defensoria Pública “executar e receber as verbas sucumbenciais decorrentes de sua atuação, inclusive quando devidas por quaisquer entes públicos”. Depreende-se novamente a preocupação do legislador em garantir os meios necessários para que a Defensoria Pública possa, na prática, desenvolver sua autonomia econômica e processual.

A EC nº 80/2014, por sua vez, foi a responsável por introduzir o § 4º no art. 134 da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal.” Com a introdução desse parágrafo, conferiu-se a tão aguardada posição constitucional acerca dos princípios que envolvem a Defensoria Pública, em especial no que concerne a sua autonomia funcional.

Nessa linha de raciocínio, a EC nº 80 ainda preencheu uma lacuna existente e muito criticada pela doutrina no que tange à desigualdade de tratamento provocada pela reforma do Poder Judiciário (EC nº 45/2004): a autonomia legislativa da Defensoria Pública. Sobre o assunto, Barbosa e Oka comentam que “a EC nº 80 soterrou a controvérsia, referendando, quando provê aplicação, no que couber, do inciso II do art. 96 [...]” (BARBOSA, 2017. p. 313). O referido artigo confere ao STF, aos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça a autonomia de propor, ao Poder Legislativo, projeto de lei que atenda às suas necessidades administrativas. Estender, no que couber, essa competência também à Defensoria Pública representa claro instrumento de execução da sua autonomia funcional perante o Poder Executivo.

Sendo assim, prover de aparato financeiro e estrutural a Defensoria Pública beneficia a consecução de suas atividades-meio, para que então se possa chegar a sua atividade-fim, a guarda jurídica aos “necessitados” e “vulneráveis” socialmente.

### **4.3 Legitimidade da Defensoria Pública para atuar na defesa dos vulneráveis**

Como explicado anteriormente, cabe à Defensoria Pública a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, nos moldes do disposto na Carta Constitucional de 1988. De redação pequena e, até certo ponto, de conceitos abertos, o art. 134 da CF/1988 legitimou a atuação da Defensoria em prol da guarda jurídica dos vulneráveis. Cabe explicitar, contudo, que o *custos* defensorial não se limita somente às ações de âmbito jurídico interno.

A Defensoria Pública, como órgão constitucional que é, pode - e deve - atuar inclusive em ações preventivas e repressivas que tramitem na Corte Interamericana de Direitos Humanos, na tutela de interesses individuais e coletivos dos brasileiros. Cabe, então, justificar a legitimidade normativa que dá azo à atuação da instituição internamente, no Estado Brasileiro, e externamente, na CIDH.

#### **4.3.1 Legitimidade de atuação perante a justiça Brasileira**

A atuação da Defensoria Pública perante a Justiça brasileira encontra legitimidade na Constituição Federal de 1988, precipuamente em seu art. 5º, LXXIV, quando declara que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (SILVA, 2005. p.173). Ademais, reservou uma seção exclusiva para tratar sobre a Defensoria, alçando-a ao status de Função Essencial à Justiça.

Cumpriu ao Códex Processual Civil vigente, por sua vez, reparar um erro do qual era provido o seu antecessor. Criou-se, então, um título somente para dissertar sobre a atuação da Defensoria Pública, semelhante ao que dispõe sobre a Advocacia Pública e o Ministério Público. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “o Código atual atribuiu um título próprio à Defensoria Pública, tratando de suas funções, prerrogativas e responsabilidade nos arts. 185 a 187 do NCPC”. (THEODORO JÚNIOR, 2018. p.489).

Além disso, o Poder Legislativo reservou à Lei Complementar nº 80/1994, parcialmente alterado pela Lei nº 132/2009, a melhor descrição das funções que cabe à Defensoria Pública exercer quando da assistência individual aos necessitados. Aqui são vários os ramos em que o Defensor Público pode atuar perante o Poder Judiciário nacional, principalmente dispostos no art. 4º da referida legislação.

### **4.3.2 Legitimidade de atuação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**

A conquista de diversos direitos envolvendo a temática humana e a preocupação pela dignidade individual e coletiva do ser humano não foram conquistas rápidas, e muito menos fáceis. Muito se lutou e se discutiu para que tratados e convenções internacionais fossem criados e, acima de tudo, respeitados pelo Estados-membros, em especial no continente americano. Os grandes autores do Direito Público Internacional, Aciolly, Casella e Nascimento e Silva, comentam em sua obra que:

A grande preocupação dos países da América Latina é a melhoria das condições de vida de seus habitantes. Em outras palavras, sem querer ignorar a importância dos direitos civis e políticos, para eles, os problemas econômicos, sociais e culturais são prioritários. (CASSELLA, ACCIOLLY e NASCIMENTO E SILVA, 2018, p. 489)

Convém lembrar que condiz com a escrita dos autores a missão da Defensoria de zelar pela resolução dos conflitos envolvendo vulneráveis economicamente, socialmente e culturalmente. Parte disso vem da tese apresentada sobre o *custos vulnerabilis* exercido pela Defensoria Pública. Até por conta disso, logicamente, faz sentido a Defensoria possuir legitimidade para atuar perante os organismos internacionais.

A Lei Complementar nº. 80/94 assevera que “as funções institucionais da Defensoria Pública serão exercidas inclusive contra as pessoas jurídicas de Direito Público”. Em outro excerto da mesma legislação, em seu art. 4º, VI, é descrito que “são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre

outras, [...] representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos”. Dessa forma, pode a Defensoria Pública atuar perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **5. A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL**

*A priori*, tomemos conhecimento dos significados das principais terminologias desse ramo de atuação, a saber: A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte-IDH) é um órgão judicial autônomo sediado em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e outros tratados de Direitos Humanos, e faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

A CADH assegura um catálogo de direitos civis e políticos, conforme observa Mazzuoli (2014, p. 114-115), a proteção dos direitos humanos prevista na CADH é coadjuvante ou complementar da que oferece o Direito interno dos seus Estados-partes. Não se retira, pois, dos Estados a competência primária para amparar e proteger os direitos das pessoas sujeitas à sua jurisdição, mas que nos casos de falta de amparo ou de proteção aquém da necessária, em desconformidade com os direitos e garantias, (BÓS, 2013, p. 4-60) previstos na CADH, pode o SIDH atuar concorrendo para o objetivo comum de proteger determinado direito que o Estado não garantiu ou preservou menos do que deveria (MAZZUOLI, op, cit., p.115).

Com o intuito de não se ter uma representação deficiente, ou seja, com escassez de mecanismos adequados e úteis ao processo, a Defensoria Pública se tornou imperiosa para assistência jurídica dos necessitados. Dessarte, no Sistema Interamericano, vige o modelo semelhante ao de uma Defensoria Pública.

Nessa conjuntura, o artigo 2.11 do Regulamento da Corte IDH dispõe que “*a expressão “Defensor Interamericano” significa a pessoa que a Corte*



*designe para assumir a representação legal de uma suposta vítima que não tenha designado um defensor por si mesma”.*

Portanto, a Corte Interamericana poderá designar Defensor Público de ofício em razão da autonomia institucional da DP para que assuma a representação legal de vítimas que não tenham defensor próprio.

À vista disso, os defensores públicos nacionais são também, agora, defensores públicos interamericanos, na medida em que devem arguir e provocar o exercício desse controle por parte dos juízos e tribunais, na aplicação do Direito ao caso concreto. Da mesma maneira, cabe à Defensoria provocar os legitimados para propor as ações diretas de inconstitucionalidade, para que questionem no STF as normas internas contrárias à CADH.

## **5.1 Casos da CADH envolvendo a Defensoria Pública como sujeito processual**

Conforme extensivamente demonstrado no decorrer deste artigo, é sabido que o Acesso à Justiça é um direito fundamental previsto não só na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV e inciso LXXIV), mas também está presente em diversos tratados e declarações internacionais de Direitos Humanos.

No Brasil, a Defensoria Pública representa a prerrogativa da promoção dos direitos e defesas de forma integral e gratuita aos necessitados ou vulneráveis, art. 134, *caput*/ CF. No âmbito federal, a Defensoria Pública dispõe de autonomia e legitimidade para atuar contra o próprio país perante os sistemas internacionais de direitos humanos, legitimidade essa que lhe foi conferida através da LC 80/94. Com isso, poderá atuar tanto no sistema interamericano quanto no sistema global de proteção dos direitos humanos.

Entretanto, cabe mencionarmos que os Defensores Públicos deverão, no ato de sua labuta, adequar-se no sentido de se utilizar de forma maciça em suas peças e/ou manifestações jurídicas em documentos internacionais de direitos humanos e a jurisprudência emanada da Comissão Interameri-

cana de Direitos Humanos e da Corte IDH, fazendo referência a interpretações, decisões, opiniões consultivas e informes emitidos.

Remete, portanto, classificar os direitos humanos protegidos na esfera internacional e analisar os critérios interpretativos consolidados na práxis internacional, além de lançar luzes sobre os próprios intérpretes (tribunais internacionais, comitês, dentre outros). Por fim, significa analisar os principais delineamentos de seu regime jurídico.

A título de exemplificação da Defensoria em atuação internacional, o Núcleo de Situação Carcerária e o Núcleo do Idoso e da Pessoa com Deficiência, juntamente com a DPU/SP, enviou ao Comitê das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas – ONU – um ofício informando que os locais de privação de liberdade no Estado brasileiro não possuíam condições de receber as pessoas com deficiência. Isso porque as unidades não possuíam mecanismos apropriados para alocar essas pessoas de modo a garantir sua acessibilidade. Para isso, solicitaram a intervenção da ONU e da referida Comissão, para que houvesse adequação nas unidades em conformidade com o estabelecido na referida Convenção.

Também houve posicionamento da Defensoria Pública nas questões que tratam do direito ao meio ambiente, por ser de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida. Posto como um direito fundamental e indisponível do homem, a Defensoria não pode se escusar de atender em todos os graus de jurisdição os direitos dos necessitados.

Não obstante, a Defensoria Pública não deve se restringir a apenas um instrumento patrocinador de causas judiciais, tendo em vista tratar-se de uma instituição democrática cuja função também é promover a inclusão social, jurídica e cultural dos grupos sociais, visando à concretização universal dos direitos humanos, tanto no âmbito nacional como internacional.

Os tribunais, por entendimento majoritário, reconhecem a Defensoria Pública como legítima para a propositura da Ação Civil Pública, grifos nossos.

Este Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. (STJ. 1ª Turma. REsp 912849/RS)

Nessa perspectiva, através do julgamento da Ação de Inconstitucionalidade 3.943, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a Defensoria Pública é legítima para propositura de Ação Civil Pública, visto que esta não se limita à atuação exclusiva do Ministério Público.

O Caso Favela Nova Brasília, que expressa o massacre no Brasil, foi muito emblemático, por conter uma série de elementos que caracterizam o modo como as instituições incumbidas do controle do uso excessivo da força lidam com esse controle e com a segurança pública em geral. O entendimento da Comissão Interamericana implica na violação da garantia do direito à vida.

Valério de Oliveira Mazzuoli define a Convenção Americana como: o “principal instrumento de proteção dos direitos civis e políticos já concluído no Continente Americano, e o que confere suporte axiológico e completude a todas as legislações internas dos seus Estados–parte.” (GOMES, 2010).

## 5.2 Resultados obtidos pela Defensoria Pública perante a CIDH

Em visita *in loco* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos realizada no Brasil, detectou-se que a Defensoria Pública, como uma das instituições de autoridade federal, tem concretizado seu papel quanto a assistências voltadas aos grupos de vulneráveis, tais como os centros de detenções, centros de atendimento para pessoas em situações de rua, centros de recepção, a assistência a migrantes e refugiados e o centro de acolhimento de migrantes em Pacaraima – Roraima. Também visitou quilombos, territórios de comunidade indígenas e bairros de periferia.

Por intermédio das Defensorias Públicas estaduais e entidades da sociedade civil, que se reuniram em 2017 nos casos relacionados à tortura (OEA, 2020), houve uma audiência no 161º período de sessões da comissão para debater a temática da violação aos direitos humanos no sistema socioeducativo brasileiro. O desenlace dessa atuação foi um robusto relatório com recomendações do órgão interamericano ao Estado brasileiro, com destaque para o papel desempenhado pelas Defensorias Públicas.

Importante destacar que, considerando a extensão e complexidade do país em temas relativos a direitos humanos, foi identificado que os principais desafios do Brasil na área dos direitos humanos estavam relacionados com a violência urbana e rural e com a falta de segurança das pessoas.

Ainda há violência policial e sua impunidade e tortura como método de investigação; a competência dos tribunais militares para julgar crimes comuns cometidos pelas polícias estaduais e “militares”; violência contra ocupantes de terras rurais improdutivas; servidão forçada dos trabalhadores rurais; existência de grupos de extermínio; violência contra mulheres, meninas e adolescentes; discriminação racial; a situação da população indígena; os problemas das crianças em situação de rua e a situação do sistema penitenciário.

Com isso, o que podemos apontar como forma de solução para o cenário dos vulneráveis vilmente assistidos é apostar na prevenção e conscientização primeiramente dos cidadãos em inteirarem-se de serem sujeitos dignos de direitos e conhecerem qual instituição tem o condão de prestar-lhes as devidas assistências jurídicas, não apenas em território nacional, como também no plano internacional, que nesta conjuntura é a Defensoria Pública, e incentivá-los a não se permitirem ser uma vítima oprimida ou se tornar apenas mais um descaso, dentre vários no meio judiciário.

Em consequência, verifica-se que a Defensoria Pública já conquistou seu espaço perante a Constituição Federal de 88, quando desmembrada foi do Ministério Público, tal como as teses levantadas apontam que assim como o Ministério Público atua enquanto órgão acusatório e *custos legis*, a Defensoria Pública atua na orientação jurídica e na defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Desse modo, o instituto do *custos vulnerabilis* prevê que a Defensoria atuará como terceiro interventor em processos que tenham como parte grupos vulneráveis. Essa atuação poderá se dar de ofício, por iniciativa própria ou por requerimento das partes, e apesar de possuir semelhanças com o instituto do *amicus curiae*, a atuação como *custos* possui uma maior amplitude de atuação e constitui função exclusivamente institucional da Defensoria, não podendo ser substituída por outro órgão.

## 6. CONCLUSÕES

O trajeto histórico brasileiro expressa o quão importante foi o empenho para que, nos dias atuais, pudessem ser contempladas significativas conquistas de direitos fundamentais que já estavam preconizados em outros Estados do ocidente. Com isso, garantiu-se com o proclamado na Declaração Universal de Direitos Humanos que não passasse apenas de uma utopia.

Nesse diapasão, a Defensoria Pública ficou originada a reparar esses impasses de desigualdades pela falta de renda ou simples desconhecimento dos seus direitos pela parte dos marginalizados. O que antes era inalcançável passou a ser concreto na prestação de assistência jurídica àqueles que não possuíam condições financeiras, malgrado a limitação da Defensoria do ponto de vista funcional, uma vez que a maioria de seus esforços eram voltados a processos judiciais que, em muitos casos, não eram capazes de satisfazer integralmente os interesses de seus assistidos.

As mudanças legislativas propiciaram o alargamento das funções desempenhadas pela instituição para tutelar os direitos dos mais necessitados. As questões relativas aos direitos humanos, ao nosso ver, serão os grandes paradigmas deste século XXI, e a Defensoria Pública, principalmente através da Lei Complementar n. 132/2009, sai à frente das demais instituições jurídicas ao abraçar de vez a causa dos Direitos Humanos.

No entanto, não há que se negar que a implementação de tais tratados tem se mostrado deficitária ante a insuficiência de instrumentos aptos a concretizá-los em determinados casos, pois carece-se de apostar na cons-

cientização dos cidadãos de serem sujeitos dignos de direitos na prevenção das violações cometidas, a fim de que não permaneçam silenciadas, e na efetividade no cumprimento das decisões advindas das cortes internacionais.

A possibilidade de prática de fiscalização seria eficaz para assistências a partir não apenas das inovações legislativas, mas também para tornar uma cultura internalizada pelos membros da Defensoria Pública no comprometimento com a missão institucional de resguardar e promover os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

## 7. REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO, G. E. Manual de direito internacional – 20ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAGNANI, Daniella de Albuquerque. *O NCPD, A Defensoria Pública no Processo Individual e a Superação da Súmula 421 – STJ*. In Defensoria Pública / coordenador José Augusto Garcia de Sousa (Coleção Repercussões do Novo CPC, v.5; coordenador geral, Fredie Didier Jr.). – Salvador: Juspodivm, 2015.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; OKA, Juliana Mieke Rodrigues. *Defensoria Pública, autonomia e a eterna polêmica dos honorários*. In *Autonomia de Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. rev., ampl. e atual. Coordenadores Bheron Rocha, Maurílio Casas Maia e Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues; MAIA, Maurílio Casas. *Idosos e planos de saúde: os necessitados constitucionais e a tutela coletiva via Defensoria Pública — Reflexões sobre o conceito de coletividade consumidora após a ADI 3943 e o EREsp 1192577*. Revista de Direito do Consumidor/ Coord. Cláudia Lima Marques. Ano 25. Vol.06. jul-ago, 2016.

BÓS, Débora et al. *Direitos humanos no Brasil: limites e possibilidades para a eficácia das sentenças prolatadas pela CIDH*. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 1, n. 2, p. 4-60, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.5 apud LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. O Papel da Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça aos Vulneráveis. In RDP. Vol. 17. n. 91. p. 143-165. Brasília, jan./fev. 2020. p.147-148.

CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do. *Manual de Direito Internacional Público* - 20º ed.; São Paulo: Saraiva, 2012.

DA SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GIFFONI, Johny Fernandes; GUTERRES, Marco Aurélio Vellozo. *Autonomia e Vulnerabilidade: da opressão ao empoderamento*. In *Autonomia de Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. rev., ampl. e atual. Coordenadores Bheron Rocha, Maurílio Casas Maia e Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª. Ed - São Paulo: RT, 2010.

HUSEK, Carlos Roberto; Curso de direito internacional público.– 14. ed. – São Paulo: LTr, 2017. p.45.

LEONARDO, César Augusto Luiz; GARDINAL, Aline Buzete. *O Papel da Defensoria Pública como Instrumento de Efetivação do Acesso à Justiça aos Vulneráveis*. In RDP. Vol. 17. n. 91. p. 143-165. Brasília, jan./fev. 2020.

MAIA, Maurílio Casas. *A Defensoria Pública Enquanto Institucionalização Constitucional da Defesa dos Vulneráveis Frente à Ordem Jurídica e aos Poderes Públicos*. In Sociedade e Estado: do direito de defesa às garantias fundamentais do cidadão frente ao Estado. Organizadores André L. Costa-Corrêa e Solange Almeida Holanda Filho. Porto Alegre: Paixão, 2017.

\_\_\_\_\_. A singularidade da Defensoria Pública para Autonomia Institucional pós 88: *Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado*. In: ROCHA, Bheron; MAIA, Maurílio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro (Coord.); *Autonomia & Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional* – 9º ed.; São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; LEAL Adisson. Comentários ao artigo 3º. Constituição Federal Comentada. Coord. Alexandre de Moraes – 1º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Constituição Federal Comentada* – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OEA. Informe sobre el 161 Período de Sesiones de la CIDH. 2017. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/035A.asp>>. Acesso em: 28 de julho de 2020

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos direitos humanos na ordem internacional*. – 6ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.173.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – vol. II* Humberto Theodoro Júnior. – 59. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN CIVIL. EL PROCESO DE CENTRALIZACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO DIECINUEVE.

**Antón Lois Fernández Álvarez**

Profesor Doctor del Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Vigo, España.

Recibido em: 19/01/2021

Aprovado em: 26/01/2021 e 08/02/2021

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza puntualmente los avatares de la Codificación en el siglo XIX, centrado en el complejo proceso español, y la implantación y evolución constitucional de esta época con el objetivo de poner de relieve sus influencias, interdependencias, relaciones y paralelismos, todo ello dentro de la perspectiva diacrónica decimonónica. El objeto del artículo será el análisis de ambos procedimientos, el de evolución y conformación constitucional y el proceso de discusión, elaboración y aprobación del Código civil español con la finalidad de demostrar la decisiva influencia del constitucionalismo decimonónico occidental en el proceso de codificación civil, remarcando el caso español como paradigma de la codificación iberoamericana.

**PALABRAS CLAVE:** Codificación civil, Constitucionalismo, derechos forales.

**RESUMO:** O presente trabalho analisa pontualmente os sucessos da Codificação no século XIX, centrado no complexo processo espanhol e a implantação e evolução constitucional dessa época com o alvo de colocar em relevo as sus influências, interdependências, relações e paralelismos, tudo

dentro da perspectiva diacrónica do século dezenove. O objeto do artigo será a análise de ambos procedimentos, o de evolução e conformação constitucional e o processo de discussão, elaboração e aprovação do Código civil espanhol visando demonstrar a decisiva influência do constitucionalismo ocidental do dezenove no percurso de codificação civil, remarcando o caso espanhol como paradigma da codificação ibero-americana.

**PALABRAS CHAVE:** Codificação civil, Constitucionalismo, direitos forais.

**ABSTRACT:** This work analyses in a timely manner the avatars of Coding in the nineteenth century, focused on the complex Spanish process, and the implementation and constitutional evolution of this era with the aim of highlighting its influences, interdependencies, relationships and parallels, all within the nineteenth-century diacronic perspective. The purpose of the article will be the analysis of both procedures, that of constitutional evolution and formation and the process of discussion, elaboration and approval of the Spanish Civil Code in order to demonstrate the decisive influence of Western decimononic constitutionalism in the civil coding process, highlighting the Spanish case as a paradigm of Ibero-American coding.

**KEYWORDS:** Civil codification, constitutionalism, regional rights.

## INTRODUCCIÓN

El complejo proceso de asentamiento constitucional supone un acontecimiento decisivo para entender el largo y abrupto transcurso de la codificación civil en la España del siglo XIX. Por ello, la uniformización y sistematización de la normativa civil resulta difícil de comprender sin el análisis histórico-jurídico del constitucionalismo español. El presente trabajo pretende poner en relieve la decisiva influencia del constitucionalismo en los procesos codificadores con especial señalamiento del caso español, que acabó influenciando buena parte de los procesos latinoamericanos.

El objeto del artículo será el análisis de ambos procedimientos, el de evolución y conformación constitucional y el proceso de discusión, elaboración y aprobación del Código civil español con el objetivo de demostrar la decisiva influencia del constitucionalismo decimonónico occidental en el proceso de codificación civil, remarcando el caso español como paradigma de la codificación iberoamericana.

Se parte de la hipótesis de que tanto el constitucionalismo como la codificación fueron procesos jurídicos que apuntalaron la uniformización nacional del Derecho y el centralismo jurídico para superar la dispersión de creación y aplicación de la ley civil en las diferentes regiones subestatales.

Para la confirmación o refutación de la hipótesis el trabajo utilizará el método hipotético deductivo en el que, partiendo de dicha tesis inicial nos valdremos del racionalismo jurídico para demostrar la aplicación en casos particulares de ideas o conceptos jurídicos generales como codificación, uniformización jurídica, constitucionalismo o foralismo.

## EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

Si bien la primera Constitución no vio la luz hasta el año 1812, la historia del constitucionalismo español tiene su origen en el Estatuto Real de Bayona de 8 de julio de 1808, cuya verdadera naturaleza no fue la de norma constitucional sino la de Carta Otorgada<sup>1</sup>. En este texto, José I de España<sup>2</sup> adapta el modelo constitucional bonapartista y consagra determinados derechos para la ciudadanía, estableciendo, además, una monarquía hereditaria aunque limitada.

1 Ello supone, como es sabido, que se trata de un texto derivado del poder absoluto del monarca y no de la aprobación por parte de la soberanía popular. Aún así, en este caso, quiso salvarse, aunque sólo fuera de manera formal, este último aspecto de manera que, desde el punto de vista formal, sí fue aprobada por un grupo reducido de 65 diputados españoles, convocados en Francia, a quienes se les presentó un texto sin posibilidad de enmienda.

2 José Bonaparte, fue nombrado Rey de España el 7 de julio de 1808, mediante Decreto de su hermano, el emperador francés Napoleón I, una vez que éste consiguió, mediante una hábil estrategia, que los derechos de la corona española recayeran sobre él después de que, atrayéndolos a la francesa localidad fronteriza de Bayona, forzase a Carlos IV a abdicar en favor de su hijo Fernando VII y obligase a éste a cederle sus derechos dinásticos sobre la corona de España. El reinado de José I se extendió, oficialmente, hasta el 11 de diciembre de 1813

La importancia de este documento para el constitucionalismo español, aún teniendo una aplicación muy restringida en función de los acontecimientos bélicos que se vivieron durante el tiempo de su vigencia<sup>3</sup>, estriba en que sirvió de base a la reacción constitucional posterior, al tiempo que ciertos de sus elementos fueron incorporadas en la Constitución de Cádiz de 1812 al ser el primer texto legal con vigencia en España que incorpora algunos principios liberales en lo que podríamos considerar un liberalismo atenuado. Asimismo se ha destacado la influencia del Estatuto de Bayona en diferentes textos constitucionales americanos, de manera que podemos afirmar que la implantación de regímenes constitucionales en toda la América hispana fue la respuesta, americana, al constitucionalismo inaugurado en Bayona y Cádiz, pero teniendo en cuenta que el estampido nació en Bayona, que se convirtió en reto y, en cierta manera, ejemplo a seguir<sup>4</sup>. Por lo que respecta a nuestro estudio, su repercusión es todavía mayor si tenemos en cuenta su propensión o vocación codificadora, derivada de su vocación bonapartista. Así, el texto preveía la consagración de “un solo Código de Leyes Civiles y Criminales” (art. 96), y “un solo Código de Comercio para España e Indias” (art. 113)<sup>5</sup>.

A partir de este momento y, sobre todo, de la aprobación de la Constitución de 1812, la historia del constitucionalismo español decimonónico, coincidente diacrónico con los sucesivos intentos y logros de la codificación civil, finalizada en 1889 con la aprobación del Código Civil, se desgrana, además de los citados, a través de los textos constitucionales de 1837, 1845, 1869 y 1876, a los que podemos unir, por su alcance, los del Estatuto Real de 1834, la Constitución *non nata* de 1856 y el proyecto constitucional de 1873<sup>6</sup>.

3 Dichos acontecimientos se refieren a la contienda de la Guerra de la Independencia española frente a la invasión francesa. Dicha sublevación comenzó el 2 de mayo de 1808, días antes, incluso, a que se nombrara el rey extranjero, y terminó con la restauración del monarca español Fernando VII el 11 de diciembre de 1813. Las circunstancias de este periodo histórico resultaron decisivos para la independencia de muchas colonias españolas en Sudamérica.

4 “La importancia institucional de la Constitución de Bayona en el constitucionalismo hispanoamericano”, Historia Constitucional, (revista electrónica), n. 9, 2008. Manifiesta este autor que “no escapó a su influjo ni la Constitución de 1812, ni la portuguesa del año 22, ni el torrente de constituciones americanas que brotaron en Iberoamérica sucesivamente. (MARTIRÉ, 2008, p.5)

5 El paralelismo de nuestra Constitución de 1812 es claro en relación a la Carta o Constitución de Bayona de 1808”

6 Siguiendo a GONZÁLEZ-ARES, J.A.: Introducción al estudio del constitucionalismo español. 1808-1975, 4º ed., Santiago de Compostela, 2003, y a DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J.: Curso de Derecho

La Constitución de 1812<sup>7</sup> tuvo una agitada vigencia, notoriamente menor que su influencia posterior, y que se extendió en tres períodos, de 1812 a 1814, de 1820 a 1823 y durante un breve periodo en 1836. De sesgo marcadamente liberal, recogiendo por primera vez la soberanía nacional y el principio de separación de poderes, además de una nutrida lista de derechos individuales, fue discutida y aprobada en la España ocupada por los franceses por las Cortes españolas acantonadas en Cádiz. Derogada por el monarca Fernando VII en 1814, éste fue conminado a aceptarla tras el pronunciamiento liberal del general Riego en 1820 y nuevamente derogada una vez fracasado dicho movimiento en 1823<sup>8</sup>. Finalmente, tuvo otra corta vigencia entre 1836 y la aprobación del texto constitucional de 1837<sup>9</sup>. En lo que atañe a nuestro estudio, la Ley Superior gaditana preceptuaba que los Códigos civil, criminal y de comercio habrían de ser unos mismos para toda la Monarquía (art. 258). El paralelismo en este particular de la Constitución de 1812 es claro en relación a la Carta de Bayona de 1808 y sus citados artículos 96 y 113. (TOMÁS Y VALIENTE, 1977 p. 1420). De esta manera se introducía en España de manera oficial la Codificación. (BARÓ PAZOS, 1993, p. 53).

---

Constitucional español, Madrid, 1994, podemos establecer como rasgos internos característicos del constitucionalismo español, de un lado, la falta de originalidad de los textos constitucionales, reflejada tanto en su espíritu como en su articulado, y con notable influencia de la cultura política de Francia que “ha marcado de forma indeleble el inicio y desarrollo del Derecho Constitucional español”; y, de otro lado, la excesiva vinculación ideológica y partidista de las Constituciones en una plasmación de la confrontación dialéctica de lo que dio en llamarse “las dos Españas” contrapuestas.

7 También conocida como Constitución de Cádiz, o de las Cortes de Cádiz o, vulgarmente, como “la Pepa”, por haber sido aprobada el 19 de marzo, día de San José. Esta denominación ordinaria, otorgada por el pueblo, tuvo una curiosa pero cierta repercusión, y es que siendo habitual que todas las normas jurídicas de la España democrática se publiquen en el B.O.E al día siguiente de la sanción y promulgación real, la actual Constitución se publicó el 29 de diciembre de 1978, dos días después de su sanción, para evitar que tal publicación coincidiese con el 28 de diciembre, día de los Santos Inocentes, y con ello soslayar las posibles bromas o denominaciones populares sobre la Norma Suprema. Esta anécdota ha sido extraída de una conversación personal con D. GREGORIO PECES-BARBA, miembro de la Comisión constitucional que redactó la Constitución española vigente en la actualidad.

8 En el juramento de la Constitución de Cádiz por Fernando VII de España de 10 de marzo de 1812, recogido en el “Manifiesto del rey a la Nación española” se incluía la famosa sentencia monárquica de “marchemos francamente, y yo el primero, por la senda constitucional”. Una franqueza que, a la postre, habría de durar menos de tres años. Vid. Sobre la rehabilitación de la Constitución durante el trienio liberal a VARELA SUANZES-CARPEGNA: “La monarquía imposible: la Constitución de Cádiz durante el trienio”, AHDE, LXVI (1996).

9 ATTARD, E.: El constitucionalismo español: 1808-1987. Ensayo histórico-jurídico, Valencia, 1988; CANO BUENO: Materiales para el estudio de la Constitución de 1812, Madrid, 1989; SEVILLA ANDRÉS: Historia política de España (1800-1973), Madrid, 1974; TOMÁS VILLARROYA: “Las reformas de la Constitución de 1812 en 1836”, en Revista del Instituto de Ciencias Sociales, núm. 4, 1964;

El siguiente texto, el Estatuto Real de 1834<sup>10</sup>, tuvo una breve y poco destacada validez durante la regencia de la reina María Cristina, viuda de Fernando VII, hasta la rehabilitación de la Constitución de Cádiz en 1836 que desembocaría finalmente en la Constitución de 1837 (TOMÁS VILLARROYA, 1968. Esta Norma fue producto del acuerdo entre el partido progresista y el moderado y vino a significar una revisión del texto de 1812. De esta manera se validó una norma que respetaba la soberanía nacional y la separación de poderes, pero que enfatizaba la remisión constante a las leyes ordinarias para regular instituciones y derechos lo cual, en la práctica, supone un importante vaciado de los poderes de la Constitución (de aquí el hecho de que se trate de un texto breve de tan sólo 77 artículos). Destaca, asimismo, una notable influencia de las Constituciones francesa de 1830 y belga de 1831 GONZÁLEZ-ARES e TOMÁS Y VALIENTE, 2003 e 1977).

La Constitución de 1845 es el corolario de los acontecimientos que derivaron en la llamada “década moderada” (1844-1854) y la plasmación de los principios de esta ideología junto a los intereses puramente monárquicos. Se elabora, así, un texto que consagra la soberanía compartida entre la Corona y las Cortes, la práctica desaparición de la división de poderes, la restricción de las libertades y la confesionalidad del Estado (CÁNOVAS SÁNCHEZ, 1985 e GONZÁLEZ-ARES,<sup>1995</sup>). El fin de esta década moderada trajo consigo la discusión y elaboración de la Constitución de 1856, denominada *non nata*, ya que a pesar de ser aprobada por las Cortes constituyentes no llegó a estar vigente al no ser sancionada por la Reina (CASANOVA AGUILAR, 1995). Un brusco cambio en la presidencia de gobierno motivó la reposición de la norma de 1845 si bien el esfuerzo constituyente sirvió de base a la Ley Constitucional de Reforma de 1857 que atenuó considerablemente los principios antiliberales de la Constitución moderada.

<sup>10</sup> El valor constitucional del Estatuto Real de 1834 resulta más que dudoso y ha sido generalmente cuestionado. No en vano toda su naturaleza jurídica resulta tan incierta y desconcertante que TOMÁS Y VALIENTE: Obras Completas, cit., acabó por calificar el texto como Carta Otorgada en su origen, Ley de Cortes por su temática, Ley Restauradora de las antiguas Leyes del Reino por su apariencia, y símbolo del moderantismo español por su contenido ideológico.

De esta forma la Constitución de 1845 estuvo vigente hasta el estallido revolucionario de 1868, el cual inicia un breve pero intenso período que culminará con la proclamación de la Primera República (1873-1874) y que se conocerá como el *sexenio democrático*. Fruto de este tiempo fue la Constitución de 1869, una norma que, al conjugar los principios liberales clásicos con el principio democrático básico del sufragio universal, se convierte en la “primera Constitución democrática de nuestra historia” precediendo en varias décadas a conquistas semejantes en otros países. (SOLÉ TURÁ, 1990 e CLAVERO, 1989). Además de ello, nuevamente se incide en el ideal codificador propio del liberalismo con la inclusión constitucional de la “unidad de legislación y de fueros” (DONEZAR, 1985; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, 2002).

Después de la acelerada experiencia republicana que en menos de un año vio pasar a cuatro presidentes de gobierno, un proyecto de Constitución Federal en 1873, que reformaba la anterior incidiendo en el federalismo republicano, en la descentralización política y administrativa y en el laicismo estatal<sup>11</sup>, y un gobierno republicano unitario de sesgo dictatorial, se fue allanando el camino hacia la restauración monárquica de la dinastía borbónica en 1874. En menos de dos años se aprobó una nueva Constitución, la de 1876, que se convirtió en causa y consecuencia del bipartidismo restauracionista. Ello vino a suponer que dos facciones políticas de tendencias centristas<sup>12</sup> se turnaron en el ejercicio de un gobierno bajo los preceptos de soberanía compartida y de colaboración de poderes, que reaccionaba frente al consabido principio de separación de los mismos. En la práctica, el sistema constitucional establecido sentó las bases para el reforzamiento de los poderes oligárquicos y caciquiles, lo cual se antojaba un importante escollo para el centralismo político y la unificación codificadora. En todo caso, el equilibrio político proporcionado por el bipartidismo y la flexibilidad otorgada a la Carta Magna de 1876 la convirtieron en el texto más duradero de la historia constitucional española hasta el momento (de 1876 a 1923

11 De todas formas el proyecto no era marcadamente federal sino que realmente lo que hacía era adoptar criterios que desde el punto de vista jurídico-político podían considerarse como de autonomía regional, según (TORRES DEL MORAL: también VALLEJO, 1997).

12 El Partido Conservador Liberal de Cánovas del Castillo y el Partido Liberal Constitucional de Sagasta.

y de 1930 a 1931) (GARCÍA CANALES, 1981); (PÉREZ-PRENDES, 1981); (SÁNCHEZ FERRIZ, 1984).

Culminada la codificación civil española con la aprobación del Código Civil en 1889, durante la vigencia de la Norma constitucional de 1876, la historia del constitucionalismo español del siglo XX se resume en dos textos constitucionales 1931 y 1978, separados por el conocido período inconstitucional de la dictadura franquista.

## **EL CAMINO DE LA CODIFICACIÓN CIVIL. EL CASO ESPAÑOL.**

La Codificación es uno de los fenómenos de contenido cultural, político y jurídico de mayor trascendencia de la sociedad contemporánea. Supone un paso destacado dentro de la evolución del Derecho y desde el punto de vista histórico contribuyó decisivamente a un cambio de era en la humanidad derribando el sustento y estructura estatal del Antiguo Régimen. Ello supone que los procesos de Codificación son, sin duda, uno de los acontecimientos históricos más complejos de la evolución jurídica puesto que tal situación comporta un culmen de madurez en la ordenación del Derecho, que presupone la concurrencia de diferentes y dilatadas circunstancias, como siglos de variedad legislativa, dispersión normativa, desorden en la aplicación de las normas, tensiones entre corrientes filosóficas y filosófico-jurídicas, servicio a marcadas ideologías políticas y pugnas doctrinales, elementos que, en algunos momentos, se ven reflejados con gran crudeza. (ALONSO PÉREZ: 1990, p. 17).

Desde la óptica del pensamiento jurídico liberal, cuyo estrato filosófico reinventa modelos jurídicos de siglos de antigüedad, un Código es “una ley de contenido homogéneo por razón de la materia, que de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula todos los problemas de la materia unitariamente acotada” (TOMÁS Y VALIENTE, 1997, p. 1399). Pero un Código se refiere, además, a una obra que aspira a la globalización jurídica en un determinado territorio, en definitiva, a la plenitud. En el fondo podría decirse que la aspiración a la plenitud es funcional



al deseo del Código de imponerse, de dominar, de considerarse jurídico. El Código, históricamente, ha sido llamado a realizar la función unificadora, que se nos aparece como el corolario de la aspiración a la plenitud.<sup>13</sup>

Así las cosas podemos colegir, pues, que toda codificación precisa de un prurito unificador. Ahora bien, conviene preguntarse si la labor codificadora, que se consideró imprescindible en un momento dado para el tráfico y la seguridad jurídica, no se sirvió de los procesos unificadores para ser aceptada o si, al contrario, los movimientos políticos de unificación del poder utilizaron la codificación jurídica para establecerse en un determinado momento histórico en el que las circunstancias políticas, económicas y sociales exigían un agotamiento de la dispersión del poder. En definitiva, se trata de indagar por qué motivo esta unificación territorial ha sido tan intensamente deseada y solamente impuesta en ocasiones muy contadas. No se excluye que se deba hablar de una convergencia de intereses y, mejor todavía, de una eficaz consonancia de proyecto político y un programa económico en cuya base se articulaba la unificación jurídica (PIO CARONI, 1996, p. 26). Las experiencias de unificación política europea de la centuria decimonónica nos ilustran claramente acerca del hecho de que, conforme a los intereses crematísticos, la unificación del derecho privado se presentaba como última medida que había que llevar a efecto para que el territorio nacional –ya unificado a nivel económico con la abolición de las aduanas internas y con la proclamación de principios constitucionales que sancionaba la movilidad de las personas y de las mercancías– pudiese finalmente comenzar a funcionar como mercado. Ello queda corroborado por el hecho de que la codificación mercantil –que perseguía la uniformidad de las transacciones comerciales– se anticipe en más de medio siglo a la civil (RODRÍGUEZ ENNE, 2000, p. 150).

Las dificultades para lograr la unificación jurídica que toda codificación, como expresión de una soberanía nacional planteaba, radicaba

<sup>13</sup> Codificar, como su nombre indica, es la obra científica realizada por un mismo legislador, ordenando en forma sistemática todas las disposiciones que deben regular un materia jurídica” (LASSO GAITE:, 1979, p. 11) y “teniendo en cuenta las leyes anteriores, los hábitos y costumbres del país para el que legisla, con reglas breves y precisas. Cuidando con esmerado afán de la unidad de la obra, de su simetría y del buen orden de todas sus materias”, (ARRAZOLA, L 1856, p. 252).

precisamente en armonizar los derechos de los antiguos reinos con el derecho castellano. De esta manera se fija realmente el problema. La unificación jurídica se pretende a través de la construcción de un derecho racional que se quiere plasmar en un código válido para toda la nación; frente a esta pretensión se alzan los deseos de conservar los derechos históricos de los diversos reinos: se enfrentan así las que se denominan escuela filosófica y escuela histórica, tal y como trataremos en el último apartado de este trabajo. Por debajo de este aparente enfrentamiento entre dos escuelas diferentes se encierra, sin embargo, un planteamiento más radical, que consistía simplemente en lograr la unificación a través de una depuración racional del derecho castellano, el antiguo derecho real que pasará así a configurarse como derecho nacional, a partir de la idea de haber construido Castilla a España y la oposición por parte de los antiguos reinos a esta concepción, al contemplar España como una realidad surgida de la colaboración, al participar todos en un mismo plano de igualdad en su creación, de todos aquellos que se confirman en su conciencia como españoles. Se enfrentaban así dos formas distintas de concebir la articulación de los diferentes pueblos dentro del Estado español, como una expresión gráfica de una lucha por el poder<sup>14</sup>.

Cuando penetró con fuerza el ideal codificador, inoculado en el napoleónico texto del Estatuto Real 1808 y reivindicado expresamente en la Constitución liberal de 1812, España se encontraba jurídica y políticamente poco predisuelta, sin haber pasado por las transformaciones vividas por otros países de la Europa continental que conformaban asientos ideológicos o sociales de sus respectivos procesos codificadores. España es un país que no vivió la reforma protestante que exterminó inquisitoriamente un naciente y ortodoxo erasmismo; que atravesó con más amargura que

14 RODRÍGUEZ ENNES: "Proceso histórico de formación del Derecho civil de Galicia", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 5 (1996), p. 275. en decir de GÓMEZ ARBOLEYA: *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, 1962, pp. 451 y ss.: el Código tiene desde la Ilustración, una doble dimensión. Por su contenido, en cuanto que el derecho codificado es fruto de una unión natural que es el patrimonio común de todos los hombres, el Código tiene vocación universal y acróica. Pero el ámbito de su vigencia viene deslindado por el espacio hasta donde alcanza el poder político que ha de proponerlo; el Código es así consustancial con un Estado nacional hasta el punto de erigirse en instrumento poderoso para contribuir a la construcción o al fortalecimiento de la unidad nacional en cuanto permitiese superar el particularismo jurídico y los sustituye por un sistema normativo unitario y coherente. [Cfr. TARELLO, 1976, pp. 28-34].

triumfos un siglo de claroscuros, el barroco del siglo XVII, lleno de glorias literarias y artísticas, pero así mismo repleto de derrotas militares y miseria cotidiana; un país que entró en la centuria de la Ilustración europea con escasas energías intelectuales, carente de raíces propias desde las cuales orientarse en tiempos de reformas y revoluciones y sin ser capaz apenas de romper su ignorante aislamiento respecto a lo que fuera de sus fronteras se hacía y decía, se pensaba y se escribía. Por eso, mientras otros países comenzaron a publicar sus nuevos Códigos ya en tiempos de las monarquías del despotismo ilustrado, España, yacía pasiva en profundo y mortífero letargo y su Derecho, construido en gran parte con materiales viejos e inservibles, permanecía confusamente recopilado<sup>15</sup> y ajeno tanto a reformas legislativas ambiciosas, como a los nuevos aires doctrinales, unas y otros derivados del iusnaturalismo racionalista, desconocido por nuestros juristas y legisladores, salvo en sus más triviales subproductos. (CLAVERO, 1978, pp. 49-88).

Así las cosas, la Codificación se inició entre nosotros partiendo de la más completa desorientación, lo que propició, en determinadas ocasiones, un mimetismo escasamente selectivo y, en otras, lentitudes y retrocesos nada beneficiosos para la reforma legislativa que algunos procuraban RODRÍGUEZ ENNES, 2000, p. 151. No en vano se ha señalado que la Codificación civil española fue la “larga historia de una frustración” (TOMÁS Y VALIENTE, 1997, p. 1475).

Sin duda fue una larga marcha, un proceso que parecía no llegar a su fin. Una sociedad burguesa con Constitución, pero sin Código civil era una sociedad incompleta, coja, mal construida. El mismo autor ha declarado que el Código civil no se hizo antes “porque cuando se quiso no se supo y cuando se supo no se quiso” (OMÁS Y VALIENTE, 1989, p. 26). A dife-

15 Las Recopilaciones están muy lejos de crear un Cuerpo legal con carácter de verdadero Código. Se agrupan leyes sin orden, ni sistema, ni especialización de materias; falta un sentido íntimo de validez jurídica estable. Son colecciones de leyes o instituciones carentes de proporcionalidad en las que no existe una impronta nacionalidad de contornos inconfundibles [Cfr. ALONSO PÉREZ: “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, cit., p. 18]. La Novísima Recopilación, pese a promulgarse en los comienzos del gran siglo codificador, no estuvo a la altura de su tiempo, reiterando el tradicional sistema recopilador cuando ya se había publicado en Francia, con arreglo a modernos principios, el Código civil napoleónico. No extraña, por tanto, que MARTINEZ MARINA la calificase de “vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables; hacinamiento de leyes antiguas y modernas” [Cfr. Juicio crítico de la Novísima recopilación, Madrid, 1820].

rencia de lo sucedido en Francia, donde el *Code* civil precedió a los demás, el Código civil no sólo no abrió en España el proceso codificador, sino que constituyó su último capítulo. Resulta paradigmático que aquí llegara a codificarse antes el Derecho procesal civil que sustantivo al que aquél debiera adaptarse. Retraso todavía más grave aún si tenemos en cuenta que nuestros ilustrados sintieron vivamente el ideal codificador desde el siglo XVIII<sup>16</sup>. Tal anomalía ha sido explicada por varias causas. Entre ellas destaca el hecho de no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la revolución liberal -el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona<sup>17</sup>.

Además de diferentes eventualidades políticas e históricas que, sin duda, influyeron en la dilación codificadora, pero que correspondería analizar en un estudio aparte, el otro factor determinante del fracaso de los sucesivos proyectos del Código civil enlaza directamente con el objeto de este trabajo. Éste no fue otro que el hecho de que se inspiraban claramente en el designio de unificar, con la promulgación del Código, el Derecho civil español y, por tanto, atacaba directamente a los derechos históricos de diferentes territorios peninsulares. Intento uniformista que, con reiteración, consiguieron frustrar las corrientes jurídicas y políticas que predominaban en aquellas regiones españolas que tenían un Derecho civil propio, y que pusieron todo su empeño en evitar la unificación del Derecho civil español; pues era claro que tal unificación se produciría, esencialmente, mediante extender el derecho civil castellano a todo el territorio español (PUIG FERRIOL, p. 1617). Los orígenes del denominado “problema foral” se sitúan a principios del siglo XIX<sup>18</sup>, y obedecen a unos condicionamientos de

16 En este sentido DE CASTRO, F. escribe: “El ideal codificador se hará sentir especialmente en la España del siglo XVIII; está en los proyectos de Ensenada, en el antiromanismo de Macanaz, en la petición de leyes derivadas de principios racionales de Jovellanos y en todo el deseo reformista del Setecientos” (CASTRO, 1955, p. 194)

17 MALUQUER DE MOTES ha escrito un interesante trabajo dedicado a probar que la Codificación es el resultado final de un largo proceso, que no podría cerrarse hasta haber obtenido la total transformación de la propiedad y haber alcanzado el conjunto de los derechos individuales. “La codificación civil en España, síntesis de un proceso”, en RDP (1981).

18 Para MELÉNDEZ VALDÉS [“Discurso de instalación y apertura de la Real Audiencia de Extremadura”, en Discursos forenses (ed. M.J. Quintana, Madrid, 1821, p. 229 y ss.)] para su propia experiencia jurídica, los “fueros” entre otros “privilegios y excepciones”, obstaculizan el elemental programa codificador, implicando que en el Derecho haya todo “menos unidad y sistema”. En la misma línea se manifestó CAMBRONERO [Discurso sobre la necesidad de una nueva Legislación para las provincias españolas y medios de formarlas, Madrid, 1810, pp.

carácter político, que influirán sobre la futura estructuración del Derecho civil en nuestro país. En efecto, es también muy conocido que la unificación política española se realiza respetando fundamentalmente las instituciones –tanto públicas como privadas– de los distintos reinos que se habían instaurado en la Península a raíz de la denominada Reconquista. En este sentido indica Mortari (MORTARI, p. 229) que, ni siquiera con el paso a la Edad Moderna, se eliminaron del todo las instituciones características de la particularización (o particularismo) medieval. Hasta el momento de la Revolución Francesa se observa en Europa la persistencia de organismos provinciales, autónomos, municipales y feudales y, por tanto, la pervivencia, junto a la legislación emanada del poder central del Estado, de los Derechos locales, reflejo organizativo de esta legislación de carácter particularizado, todavía no desaparecida y cada vez más anacrónica. Por tanto, no debe resultar insólito que semejante régimen jurídico se encontrase en contradicción con las exigencias y los ideales políticos de los Estados absolutos de la Edad Moderna.

Pero esta configuración política, por lo que hace a España, entra en crisis con ocasión de las guerras civiles carlistas, que llevan a instaurar un modelo de Estado uniformista, y a extender el ordenamiento jurídico que regía en los territorios, opuesto a los designios unificadores de la nueva monarquía triunfante. No deja de ser sintomático que sea también al final de la Primera Guerra Carlista que Navarra y el País Vasco pierdan su potestad legislativa en materia de derecho privado, a tenor de lo dispuesto en las Leyes de 25 de octubre de 1839 y 16 de noviembre de 1841<sup>19</sup>

---

5 y ss.]: “El Código de Napoleón ha superado a todas las obras de su clase desde los primeros esfuerzos de los hombres. Y frente a tal ideal del código francés, puede aquí contrastar todavía la realidad de los fueros españoles con su “caos de cien códigos” o “pluralidad de códigos que equivale a no tener código alguno”; contrasta el caos tenebroso de nuestro actual estado de justicia, si es que puede llamarse sistema un edificio de tantos órdenes... en cada uno de los cuatro reynos aragoneses, fueros diferentes en las tres provincias vascongadas, etc. por lo común, además cargados de reglas de feudalidad y complementados por un derecho romano anacrónico y por el derecho canónico, mezcla extravagante de derecho feudal y romano. Frente a todo ello, acabando justamente con toda esta historia el código político –se refiere a la Constitución de Bayona de 1808- debiera complementarse con la promulgación en España del Código francés, único medio de depurar nuestro sistema de legislación”.

19 En efecto, según el artículo 1 de la Ley de 1839 “se confirman los Fueros de las Provincias Vascongadas y Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la Monarquía”; pues la conservación de los tradicionales Fueros comportaba la supresión de las instituciones más representativas de las referidas provincias. Orientación ésta que sigue la posterior Ley de 16 de Noviembre de 1841, que privó a Navarra de sus órganos de producción legislativa.

La subsistencia de los ordenamientos territoriales o regionales se cuestionará, cuando empiece a tomar cuerpo la idea de codificar el Derecho español. La Codificación se inspiraba en los postulados de la escuela racionalista del Derecho natural y en los principios de la Ilustración y se tomará como punto partida para la formación del Estado moderno que había de instaurarse en nuestro país tras la Guerra de la Independencia. La ideología liberal de la época hará suyos estos postulados, que llevarán a propugnar la creación de un Estado centralista, en el cual la unidad legislativa se pondrá al servicio de la unidad política. Pero los principios políticos del liberalismo no son unánimemente aceptados por la sociedad española del siglo pasado, y este hecho influirá decisivamente en el proceso de la diversidad legislativa española en materia de Derecho civil (ROCA TRÍAS, 1997 pp. 7-59).

## ETAPAS DE LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

En cuanto al análisis cronológico de los ítems que configuraron el proceso de la Codificación civil española, si seguimos la división periódica de la Codificación española propuesta por autores como BARÓ o TOMÁS Y VALIENTE, se aprecia nítidamente que dicha estratificación se ve condicionada por el discurso de la historia constitucional (BARÓ PAZOS, 1993, pp. 17) (TOMÁS Y VALIENTE, pp. 1418).

La primera etapa corresponde a los prolegómenos de la Codificación y se extiende de 1808 a 1843. En ese espacio temporal encontramos las referencias del Estatuto de Bayona, la Constitución de Cádiz y la Constitución de 1837, todas ellas con explícitas referencias a la uniformidad legislativa. Durante la segunda vigencia del texto gaditano se redacta el primer proyecto de Código civil de 1821.

La segunda etapa de oficialización de la Codificación (1843-1854) coincide, prácticamente, con la década moderada y la Constitución de 1845, si bien tiene su inicio en la creación de la Comisión General de Codificación mediante Decreto de 19 de agosto de 1843. Esta Comisión y el impulso constitucional dieron pie al Proyecto de Código civil de 1851

(Proyecto García Goyena) que servirá, a la postre, de fuente principal en la redacción del Código definitivo de 1889.

La siguiente es la etapa intermedia de la Codificación (1854-1875) marcada por la ausencia de acuerdo para la consecución de la unificación de la legislación civil, lo que provoca la aprobación de distintas leyes especiales que paulatinamente irán alcanzando la pretendida uniformidad jurídica de los ciudadanos. TOMÁS Y VALIENTE concede, dentro de este periodo una cuarta etapa que iría desde 1868 hasta 1874, en función de la revolución social y jurídica que supuso el sexenio democrático<sup>20</sup>

Finalmente la etapa de culminación de la labor codificadora (1875-1889) concuerda con la Restauración monárquica, la Constitución de 1876 y la finalización del proceso codificador con la aprobación del Código civil de 1889.

Respecto de la primera etapa destaca, como se ha dicho, el Proyecto de Código civil de 1821, como primera muestra o intento de Codificación civil de nuestro país. El Código en ciernes, impulsado por el protagonismo del diputado Nicolás María Garellly, pretendía desarrollarse en torno a dos directrices básicas. La primera de ellas, de corte procedimental, significó que los Diputados en Cortes del trienio liberal pretendieron redactar un texto uniformizador a través de una comisión formada exclusivamente por Diputados, sin dar entrada a juristas o especialistas ajenos a las Cortes. La segunda orientación consistía en la amplitud de la idea de Código sustentada por los impulsores, de hecho que se pretendía recopilar y sistematizar no sólo las materias básicas del Derecho privado, sino otras relativas a cuestiones procedimentales e incluso elementos propios del Derecho administrativo. Movidos por el ímpetu codificador liberal, los Diputados traspasaron incluso el mandato constitucional de 1812 que se ceñía a la ordenación de los Códigos civil, criminal y de comercio (PESET REIG, 1975, pp. 29-100). De estas intenciones salió un texto de casi 500 artículos, correspondientes

20 Para, a pesar de que dentro de este lapso histórico se produjo un acontecimiento de especial relevancia como fue la revolución de 1868 y la aprobación de la Constitución de 1869, los expresos y novedosos derechos individuales que recogía su articulado no tuvieron significación para la Codificación civil hasta el siguiente período. (BARÓ PAZOS: 1993, p. 19)

al título preliminar y a los dos primeros libros, precedido incluso por un discurso reivindicador de la tradición jurídica nacional. El proyecto de 1821 resulta, en opinión de ESCUDERO (1990, p. 922), un trabajo notable, o más aún “el intento legislativo más curioso y original de nuestros tiempos modernos” (DE CASTRO, 1955, p. 202). No en vano su interés, a pesar de no haber sido concluido, radica en la muestra de la preocupación social por la llegada de la Codificación y de haber servido de estímulo para el inicio de la labor codificadora en nuestro país.

En esta primera etapa, que hemos denominado de prolegómenos de la Codificación, se encuentran recogidos, asimismo, dos nuevos intentos codificadores, como son el Proyecto de Código Civil de Cambronero (1833) y el Proyecto de Código Civil de 1836. Respecto al primero, éste llega al final de la *década ominosa* de Fernando VII, espoleado en buena parte por la Codificación de las leyes mercantiles con la aprobación del Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830. El trabajo fue encargado al ilustre jurista de corte afrancesado Manuel María Cambronero<sup>21</sup> mediante nombramiento real, que a pesar de la vehemencia puesta en su labor no pudo concluirlo debido a su muerte acaecida poco después. Su obra se ciñó a una parte del ordenamiento jurídico privado –tutela, curatela, ausencia y personas morales– y tomó antecedentes aprovechables del Proyecto de 1821 (ANTEQUERA, 1886); (BARÓ PAZOS, 1993); (LASSO GAITE, 1979) (SÁNCHEZ ROMÁN: 1880); (TOMÁS Y VALIENTE, 1997).

De esta manera, muertos el monarca encargante y el jurista encargado, el nuevo gobierno de 1834, bajo el ministerio de Garellly, antiguo promotor del Proyecto de 1821, se crea una comisión especial, formada exclusivamente por juristas de reconocido prestigio, con el encargo de redactar un nuevo Proyecto de Codificación civil. Dicho encargo se finalizó el 15 de septiembre de 1836, presentado a Cortes del 16 de noviembre de ese mismo año. Los graves acontecimientos políticos de ese momento con el motín

21 Manuel María Cambronero (1765-1834) fue doctor en ambos derechos cuando contaba sólo 20 años de edad. Nacido en Orihuela (Murcia) según narran sus coetáneos perteneció al grupo de los afrancesados. Fue miembro de la Comisión Legislativa del Código de Comercio.



de La Granja, la derogación del Estatuto Real de 1834, la rehabilitación de la Constitución de Cádiz, las importantes presiones foralistas y el cambio de gobierno hubo de dar al traste con el trabajo codificador quedando el Proyecto acabado con cuatro libros y casi 2500 artículos metidos en un cajón (ANTEQUERA, 1886); (BARÓ PAZOS, 1993); (LASSO GAITE, 1979) (SÁNCHEZ ROMÁN: 1880); (TOMÁS Y VALIENTE, 1997).

El inicio de la segunda etapa de la Codificación, que hemos denominado *etapa de oficialización de la Codificación*, viene marcado por el Decreto de 19 de agosto de 1843, bajo el gobierno presidido por José María López, quien, consciente de que el principal escollo interno a la Codificación lo constituía la jerarquía de diferentes poderes territoriales, los cuales ejercían su influencia a través de diferentes representantes en Cortes y juristas destacados, nombra la primera Comisión General de Codificación, que dirige Manuel Cortina. El fruto de su trabajo lo constituyen las bases generales con su programa de codificación, consignando en la tercera: “Que el Código Civil comprenderá las disposiciones convenientes para que en su aplicación a las provincias que tienen legislación especial, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aún las esperanzas creadas por las mismas legislaciones” Comisión de Códigos: Crónica de la (CODIFICACIÓN ESPAÑOLA, 1970, p. 48). Por indicación del Presidente de la Sección de Código civil- y “a fin de conciliar en cuanto sea posible las disposiciones de las legislaciones forales con la de Castilla o que merezcan ser examinados para su adopción o abolición en el nuevo Código”.- se dirige con fecha de 11 de noviembre del mismo año 1843 una comunicación interesando el informe de las Audiencias y Colegios de Abogados de A Coruña y Oviedo sobre las disposiciones que deberían adoptarse acerca de los foros de Galicia y Asturias; a los expresados órganos de Valencia, “sobre las cuestiones de derecho civil que más llamen la atención en las provincias de su territorio y señaladamente sobre sucesiones, censo, uso y aprovechamiento de las aguas”; a los de Granada, acerca del mismo punto del uso de las aguas; a los de Zaragoza, además, sobre los puntos que juzguen más dignos de atención acerca de la patria potestad y derechos respectivos de los cónyuges; y a los de Bilbao “sobre cuanto crea oportuno en materia de sucesiones legítimas y retractos

que deban tenerse en consideración por la divergencia de usos y fueros de aquel país respecto de Castilla”. (CABANAS RODRÍGUEZ: p. 158).

Reorganizada la Comisión en 1846<sup>22</sup>, el nombramiento de uno de sus miembros y ponente principal García Goyena -como Ministro de Gracia y Justicia- allanó sin dudas las dificultades<sup>23</sup> y, por fin, en 1851 ve la luz el proyecto (RODRÍGUEZ ENNES, 2006). El Proyecto de 1851 modifica sensiblemente el criterio de codificar solamente la legislación castellana puesto que, sin apartarse del mismo, introduce alguna de las especialidades del llamado Derecho foral. Estas introducciones de alguna institución no estrictamente castellana no representa de ningún modo, variar el contenido de que la codificación se realiza sobre y respeto el único Derecho de importancia, a saber, la legislación castellana<sup>24</sup>. Gar-

22 Integraba la Sección primera de la Comisión General de Codificación de 1846, que redactó el Proyecto de 1851, Florencio García Goyena – que la presidió- Claudio Antón de Luzuriaga y Juan Bravo Murillo, actuando como secretario el Sr. Sánchez Puig. Tal Comisión estableció primeramente unas bases, 53 en total, para la elaboración de un Código civil, cuyo original firmado por Bravo Murillo se encuentra en el archivo de la Comisión General de Codificación. Sobre ello puede verse (LASSO GAITE, 1979, pp. 157 y ss).

23 GARCÍA GOYENA era navarro, nacido en Tafalla en 1783. Entre otros cargos ocupó el Ministerio de Justicia en un breve período de tiempo cuando otro jurista prestigioso, Pacheco, ocupó la Presidencia del Gobierno, e, incluso, esta misma Presidencia del Consejo de Ministros cuando Pacheco dimitió en 1847; en sustitución de Bravo Murillo ostentó además la presidencia de la Comisión General de Codificación, constituida con arreglo al Real Decreto de 19 de agosto de 1843. Evoca la figura de este jurista, más reconocido en América que en España, CASTÁN VÁZQUEZ: “El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, número especial dedicado al Centenario del Código civil, Madrid, 1988, pp. 263-286. sobre la difusión del Proyecto de 1851 en los países latinoamericanos, vid., además, del mismo autor: “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en Homenaje al Profesor Roca Juan, Murcia, 1983, pp.153-161; “El Código civil de Andrés Bello, factor de unidad”, en Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano, Congreso Internacional, Roma, 1981, y “Humanismo y Derecho en Andrés Bello”, en Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes, Mérida, 1983-84, pp. 41-52. DE LOS MOZOS, destaca también estos influjos del Proyecto isabelino en el Código civil de Chile: (refiriéndose al mismo y a las “Concordancias”) señala que fue “muy bien recibida en toda América, donde constituye uno de los monumentos jurídicos más valiosos de la tradición romanista, y con ello uno de los frutos más logrados de la obra colonizadora de España” [Cfr. “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello”, en RGLJ (1978) p. 458-459]. BRAVO LIRA, en una buena síntesis sobre la identidad del proceso de la Codificación europea e hispanoamericana, destaca la utilidad del Proyecto de 1851 “gracias a los comentarios de Florencio García Goyena”, en la formación de los Códigos civiles de México de 1861, Uruguay de 1869, Argentina y México de 1871, Costa Rica en 1888, y Honduras en 1898 [Cfr. “codificación europea e hispanoamericana”, en Revista de Estudios históricos-jurídicos 9 (1989) Valparaíso pp. 60-61].

24 El propio GARCÍA GOYENA manifiesta sin ambages su rechazo al particularismo jurídico en estos términos: “Referirse de una manera general a costumbres y Fueros abolidos tendría visos de una resurrección: aquellos continuarán en el concepto vulgar como leyes del Estado, seguiría la misma confusión que hasta aquí y quedaría frustrado el objetivo de este Código o la unidad constitucional: sería echar nuevamente a los españoles al laberinto de que se les quiere sacar, y ensanchar el abismo que el Código civil debe cerrar” [Cfr. Concordancia, motivos y comentarios del Código civil español 3, Madrid, 1852, p. 256].

cía Goyena, por su progeñie Navarra, era consciente de la exigencia de un particularismo jurídico en algunos territorios de la nación (D'ORS, 1977, pp. 935-941); (BONET CORREA, 1951, p. 488), pero su visión como hombre público y con una alta responsabilidad de Estado, le llevó a acometer una serie de reformas en nuestra legislación que tendían insoslayablemente a la homogeneización del Derecho civil en España, sin duda para estructurar el Estado sobre unos mismos principios jurídicos<sup>25</sup>, tal como se preconizaba en la Constitución de 1845.

De acuerdo con estos principios, el Proyecto de 1851, que empleó como guía el *Code francés* y tomó como eje el Derecho castellano entre los diversos Derechos hispánicos, fue, en suma, de corte centralizador y antiforal (RODRÍGUEZ ENNES, 2006, p. 709). García Goyena, basándose en las discusiones del proyecto en el seno de la comisión, elaboró un libro comprensivo de los antecedentes histórico-legales de cada artículo, que ofrecía concordadas todas sus disposiciones con el derecho anterior, e incluso con el derecho comparado con motivos y comentarios sobre cada uno de sus preceptos, fijando su espíritu y resolviendo algunas cuestiones que pudieran suscitarse en su aplicación práctica<sup>26</sup>; y esta interpretación debería reputarse como auténtica, por haber sido discutida y aprobada en el seno de la Comisión que elaboró el proyecto de Código. Recientemente ha mejorado el juicio que merece a la doctrina científica el proyecto isabelino. La publicación de materiales inéditos de la Comisión General de Codificación, o el hallazgo de otros nuevos, ha permitido ofrecer una nueva visión de la significación de este buen proyecto en el proceso de la codificación civil en España<sup>27</sup>. A mayor abundamiento, el citado proyecto, aunque técnicamente

25 Esta postura de que la codificación se limitaba al derecho castellano era un lugar común en la época. TOMÁS Y VALIENTE [Cfr. Manual de Historia del Derecho Español, Madrid, 1983, p. 578] recoge las manifestaciones de LORENZO DE ARRAZOLA, jurista coetáneo del proyecto isabelino, cuando indica que entre “las legislaciones que dominan en España, nos parece obró con acierto eligiendo a las de Castilla. Ninguna otra de las que rigen en las comarcas es tan perfecta, tan completa, tan estudiada; ninguna otra a sido objeto de tantos y tan concienzudos trabajos; ninguna otra tiene vida y existencia propia en todas sus partes...”

26 GARCÍA GOYENA: Concordanancias, motivos y comentarios del Código civil español, cit.. La edición de Zaragoza de 1974 aparece precedida por una “Nota preliminar” de LACRUZ BERDEJO: “Las concordancias de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil”, en la que muestra la importancia de este trabajo de García Goyena (“libro clave”, dice), para la correcta hermenensis del Derecho civil contenido en el Código. Esta “Nota” se publica también en la RCDI 50 (1974) p. 289-302.

27 Así SALVADOR CODERCH en sendo artículos publicados desde 1980 [“El Proyecto de Código de derecho

mejorado, fue el modelo y punto de partida del posterior Código, que en opinión de Lacruz recoge en un 65% los artículos del Proyecto isabelino (LACRUZ BERDEJO, pp. IV-V).

La pertinencia y la calidad jurídica de este Código ha sido resaltada por numerosos autores, bastando para muestra de la impresión general de la doctrina, la observación de Tomás y Valiente que expresó que “en 1851 se supo hacer un Código, pero no se quiso promulgarlo” (TOMÁS Y VALIENTE, p. 27) En cuanto a los motivos que dejaron a este texto en un simple proyecto, la mayor parte de los autores insisten en su sesgo antiformal<sup>28</sup>, argumento que se revela especialmente en algunos preceptos, como el que prohíbe en la regulación económica del matrimonio que los esposos pacten un régimen de bienes conforme a fueros y costumbres (art. 1237). Incluso, de forma taxativa, el último de los artículos deroga el conjunto del derecho foral y consuetudinario<sup>29</sup>. Semejante radicalismo, desconocedor de la vitalidad y empuje de la legislación foral, fue una de las causas que impidieron que el Proyecto llegara a buen término<sup>30</sup>. Hubo otras, sin duda, como

---

civil de 1851 y el derecho civil catalán”, en RJC 1980/1981, pp. 49 y ss. y 1982, pp. 313 y ss.] ofrece un análisis sobre el proyecto en relación con instituciones centrales del derecho catalán, como son la legítima, enfiteusis y rabassa morta, desde una perspectiva en parte superadora de anticuadas corrientes de autores regionalistas, que achacan al Proyecto de 1851 su promulgación como ley. (SALVADOR CODERCH, 1980/1981)

28 Así entre otros, GROIZARD, ilustre penalista que reconoció los verdaderos obstáculos que se presentarían en España en el intento uniformador: “Entre la legislación de Castilla y la de Aragón, hay más discordancia que entre aquella y la de la mayor parte de las Naciones europeas. Esta es la gran dificultad de la Codificación en España. No decidimos que la función es imposible: sostenemos sólo que es difícil y peligrosa, si no se toman en consideración antecedentes históricos, y sobre todo si no se preparan los ánimos a favor de las nuevas leyes” [Cfr. “De la Codificación en España”, en RGLJ 21 (1862) pp. 17-21]. Por su parte, MARTÍNEZ ALCUBILLA, dos décadas más tarde, justifica el fracaso del Proyecto de 1851 en estos términos: “porque han sido causas bastantes poderosas a impedirlo, el natural afecto que varias provincias de España que tiene a los fueros que las rigen, y sus fundados temores de que antiguas y respetadas instituciones, que afectan a la manera como en ellas está constituida la familia o la propiedad, desapareciesen por completo o se resintiesen profunda y dolorosamente en aras del principio unitario en todo su rigor aplicado” [Cfr. Boletín jurídico-administrativo, apéndice al Diccionario de la Administración española peninsular y ultramarina. Anuario de 1880, Madrid, 1880, p. 40].

29 Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo, y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código” (art. 1992).

30 GÓMEZ DE LA SERNA liga la oposición antiuniformista al influjo de la Escuela Histórica savignyana: “Había entonces empezado en nuestra patria a tener influencia la escuela histórica alemana y esto hacía que se mirase con recelo la conveniencia de la Codificación del Derecho civil, lo que algunos años antes parecía natural, sencillo y no expuesto a graves inconvenientes” [Cfr. “Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II”, en RGLJ 39 (1871) pp. 284 y ss]. Sobre el alcance e influjo de esta Escuela, vid.: ATARD, R.: La Escuela Histórica del Derecho, Madrid, 1908; GIL CREMADES: El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo, Barcelona, 1969, pp. 123-154. La crítica de “antiformalismo” aparece fundamentada en el precepto que acabamos de transcribir. Con todo, cabe preguntarse qué otra formulación cabe incorporar a un Código

la apuntada por ROCA: “las luchas internas de un país que no había acabado de encontrar su organización y que quería copiar los resultados de una revolución (francesa) sin hacerla” (ROCA TRÍAS, 1978, p. 612). Ligadas con esto último figuran sus posiciones, también tajantes, en otras cuestiones que rozaron los principios e intereses de la Iglesia<sup>31</sup>, cuestión por lo demás trascendente cuando ese mismo año se estaba firmando el Concordato<sup>32</sup>

La tercera de las fases del proceso codificador, la *etapa intermedia*, viene definida por un cambio en la estrategia. Como habíamos apuntado, planteadas las vicisitudes de la Codificación del Derecho civil en los términos expuestos, se hizo evidente la necesidad de proceder a la unificación de algunas instituciones del derecho privado, sin perjuicio de persistir en el empeño de alcanzar la homogeneidad de la legislación civil. A esta necesidad responden distintos tipos de realizaciones legales, conocidas como “leyes especiales” como son las Leyes Hipotecarias de 1861 y 1869, la Ley del Notariado de 1862, la de Matrimonio civil de 1870 y finalmente la de Registro civil del mismo año. La finalidad de las Leyes especiales aparece explícitamente recogida en la reunión del Congreso de Jurisconsultos, celebrada en Octubre de 1863. En concreto, en su base 6ª, se establece que el medio de realizar prontamente la Codificación, y de que sea “recibida sin

---

civil que, como de su propia naturaleza habría de inferirse se convertiría en Ley General en todo el Reino. El sistema que se establece ha de ser unitario, lo que es consustancial con la idea de Código.

31 El artículo 608 no reconocía a la Iglesia capacidad para adquirir bienes inmuebles por vía testamentaria y se exigía la autorización del Gobierno para la adquisición de bienes muebles.

32 RODRÍGUEZ ENNES, Historia del Derecho de ..., cit., pp. 161-162. En este sentido, explica este autor que también tuvo algo que ver con poner el Proyecto de 1851 en vía muerta su regulación del matrimonio y del divorcio civil no vincular a la atribución -de tal materia a los tribunales civiles, innovación que en opinión de ANTEQUERA, La Codificación moderna de España, cit., p. 69: “no podían tener cabida en el Código civil de una nación católica”. El dictamen de la universidad salmantina fue concluyente sobre este particular: “... considerando que la disciplina común de la Iglesia atribuye el conocimiento de las mismas (se refiere a las causas matrimoniales) a los Tribunales de los Obispos (...) que las leyes de España se vienen conformando desde la más remota antigüedad con este sistema que es en general en los países Católicos (...) no hay razones que aconsejen la introducción de una novedad trascendental en cuya consecuencia podría turbarse la armonía entre la Iglesia y el Estado” [Cfr. Colección de Memorias y discursos inaugurales y otros trabajos de la Academia de Jurisprudencia y Legislación]; en este sentido, son especialmente ilustrativos el de MONTERO RÍOS sobre la “Doctrina de la Iglesia sobre sus relaciones con el Estado en las diferentes épocas de la historia”, pronunciando en 1875, y el de CHARRÍN TIGERO, sobre “Relaciones entre la Iglesia y el Estado”, de 1876. Más modernamente, acerca de la posición de la Iglesia contra la ecléctica regulación de la institución del matrimonio prevista en el Proyecto, [vid., CARRIÓN: Historia y futuro del Matrimonio civil en España, Madrid, 1977; ROLDÁN BERDEJO: La Ley del Matrimonio civil del 1870. Historia de una ley olvidada, Granada, 1980, y, muy especialmente, (CRESPO DE MIGUEL, 1987, pp. 653-728).

repugnancia... es que vaya precedida de leyes especiales que le preparen el camino” (PALMA Y LUJÁN, 1863, p. 306); (LASSO GAITE, 1979, pp. 309-310).

Con referencia a la Ley Hipotecaria, el fenómeno de la crisis finisecular estuvo precedido y acompañado de un proceso de profundización y expansión de las instituciones jurídicas y administrativas propias de un ordenamiento burgués de la sociedad, lo que conllevaba por su propio carácter y significado un deterioro notable de la situación jurídica y de las perspectivas de futuro de instituciones como la propiedad compartida (BAZ VICENTE, 1996, p. 373). En los años 60 se asumió por primera vez la elaboración de una Ley Hipotecaria<sup>33</sup>. Con ella se pretendía dar sanción definitiva a los derechos de la propiedad adquiridos al amparo, bien de un régimen señorial abolido, bien de una legislación desamortizadora que no contaba con el beneplácito de todos los sectores de poder implicados en el régimen del moderantismo liberal establecido. Se trataba, en definitiva, de dotar a la propiedad de los atributos de publicidad y de seguridad necesarios para hacer realidad el “sagrado respeto” que la definía en un estado de derecho burgués-liberal, y de facilitar ya en toda su extensión su libre circulación así como la organización del crédito agrario. La Ley Hipotecaria de 1861, que entró en vigor en 1863, puso de manifiesto el aludido contraste que emana de la Comisión General de Codificación desde mediados del siglo XIX y la naturaleza del régimen de la propiedad de la tierra español, agarrado por la existencia de múltiples dominios y regido por una normativa consuetudinaria y privada que era difícil de encajar en los límites de Derecho civil que aquella Comisión estaba elaborando (CARDENAS, 1858, p. 298). Se trata además de una ley general en todos los territorios de la Monarquía que

33 Para la confección de la Ley sobre la hipoteca, el Gobierno recomendó a los miembros de la Comisión la utilización de los materiales que en relación con el régimen hipotecario habían sido redactados desde los inicios del proceso codificador. La Comisión, en atención a los antecedentes obrantes en su poder, discutió y redactó unas Bases que se sustentaban sobre los principios de la obligatoriedad de la inscripción en los registros públicos de todos los derechos de cualquier especie que se adquirieran y en el la especialidad absoluta del sistema hipotecario, lo que vendría a suponer como advierte CÁRDENAS [Diario de Sesiones de Cortes, Congreso, 1858, I, p. 248] -a la sazón de su presidente- “la necesidad de definir y determinar así la naturaleza, extensión y límites de los derechos que se constituyeran sobre bienes inmuebles”, para evitar el confusionismo con otros derechos y como consecuencia de éste la liberación de las hipotecas tácticas y de las responsabilidades ocultas a que puedan estar afectos los bienes inmuebles.

pretende por tanto la uniformidad legal. Precisamente por su unitarismo se originó una cierta oposición, aún no suficientemente estudiada, por parte de los propietarios y juristas de determinadas regiones que disfrutaban de regímenes particulares en materia de propiedad territorial. A esta conclusión llegan para el caso de Navarra, (CONTRERAS Y MARTÍNEZ AGUIRRE, 1990, p. 517 a 530). Esta reacción, y el cambio político provocado por la revolución de 1868, hizo necesaria la elaboración de varios trabajos que reformaron la Ley de 1861, principalmente en sus disposiciones transitorias, que culminarán con la promulgación de la nueva Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 (RODRÍGUEZ ENNES, 2000, p. 165).

Finalmente, es digno de destacar, dentro de este estadio, el Proyecto de Libro I de Código Civil de Romero Ortiz en 1869, proyecto que se presentó a su aprobación en Cortes como Ley especial y que trataba esencialmente de los derechos individuales, siguiendo el mandato ideológico de la Revolución de 1868 que dio lugar al sexenio democrático. Este texto guardaba, por su contenido, especial relación con la parte dogmática de una Constitución cuya realización, en 1873, se quedó también en fase proyectiva.

La fase definitiva del proceso de Codificación civil español, la *etapa de culminación*, comienza, bajo el influjo de la Restauración monárquico-borbónica y su posterior asentamiento jurídico con la duradera Constitución de 1876, con el nombramiento de la Comisión General de Codificación mediante Decreto de 10 de mayo de 1875, comité que fue parcialmente sustituido por el definitivo mediante un nuevo Decreto de 2 de febrero de 1880. En ambas delegaciones destacó Alonso Martínez como bastión definitivo de aprobación del Código Civil. La nueva Comisión, que trabajó fundamentalmente sobre la base del malogrado Proyecto de 1851, dio sus primeros pasos constatables con el Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez de 22 de octubre de 1881, y empezó a encauzar el principal escollo codificador en España, las tensiones foralistas, a través del *Acuerdo con los territorios forales* (redacción de los Libros III y IV) de 1882. Otro destacado miembro de la Comisión, Francisco Silvela, fue el protagonista del Pro-

yecto de Ley de Bases de 1885, que pretendía representar el continuismo en los trabajos de la Comisión, que se veían frecuentemente dinamitados por presiones de diferentes intereses. El articulado de la Ley de Bases fue exclusivamente aprobado por el Senado, pero, igual que ocurriera con el texto de Alonso Martínez, no fue definitivamente aprobado por las Cortes. Finalmente el Congreso de Jurisconsultos de 1886 resultó clave para mostrar la predisposición a la uniformidad legislativa civil. La pregunta sobre si había llegado en España el momento de codificar el Derecho civil fue contestada afirmativamente por trescientos cuarenta y un congresistas de un total de cuatrocientos.

Después de las modificaciones parlamentarias realizadas sobre el texto de Silvela se aprobó la Ley de Bases de 1888 que contenía las principales orientaciones hacia la redacción definitiva del Código. Resumidamente, se establecía que el Gobierno quedaba facultado para publicar un texto redactado por la Comisión de Codificación que, tras los pasos parlamentarios oportunos, y siguiendo la base jurídica fijada en el Proyecto de 1851, y con respeto a la conservación del Derecho foral en las provincias y territorios donde éste existía, habría de entrar en vigor como Código Civil el 1 de mayo de 1889, si bien una corrección de última hora hizo que el texto definitivo corregido adquiriese nueva y concluyente vigencia el 24 de julio de ese mismo año.

El dilatado proceso y las innumerables voluntades jurídicas y políticas que llevaron a la definitiva aprobación del Código Civil en 1889 hacen que este texto sea la síntesis de todos los esfuerzos desplegados a lo largo del siglo XIX. Sin lugar a duda destaca en cuanto a influencia, de entre todos los Proyectos, el de 1851, si bien los demás no están, en absoluto, desprovistos de cierto valor y significación en la historia de la Codificación. Cada uno de ellos “son fiel muestra del espíritu y la mentalidad jurídica de la época en que se elaboran; son hitos que van jalonando el camino hacia la consumación del proceso de la Codificación” (BARÓ PAZOS, 1993, p. 284). De otro lado, y a modo de conclusión podemos afirmar que el Código civil español puede ser considerado como el reflejo del Derecho histórico nacional.



## CONCLUSIONES

Constitucionalismo y Codificación son conceptos que constituyen la máxima expresión de un nuevo orden jurídico surgido con las revoluciones liberales y que son producto de una misma corriente filosófica, el iusnaturalismo racionalista (BARÓ PAZOS, 1993, p. 14). Su ideario propone la existencia de unos derechos individuales de orden superior e inalienable entre los cuales destacan la libertad, la igualdad y la propiedad privada. Los Derechos se entienden previos a cualquier Constitución y no dependientes de ella. Constitución y Codificación se convierten en instrumentos básicos para la implantación y defensa de tales derechos. Una, porque los dogmatiza como una parte básica de la estructura social, política y estatal, y otra, porque define el ámbito para la realización de tales Derechos en el cual la igualdad formal o jurídica debe ser contenido y límite, y ésta precisa de uniformidad normativa en el territorio sobre el que se proyecta la *Norma Normarum*. Constituciones y Códigos responden a un mismo impulso racionalizador, uniformista e igualitario (ESCUADERO, 1990, p. 905).

Las raíces ideológicas y el soporte socioeconómico de la codificación y de las constituciones son insoslayablemente comunes. Si las Constituciones representan la organización del Estado liberal-burgués de Derecho, los Códigos pretendieron contener el resto de la organización jurídica de la sociedad burguesa. Es más, en buena política legislativa las Constituciones debieron preceder a los Códigos ya que significan respecto a ellos el presupuesto lógico y jurídico fundamental. El modo de creación de Derecho del Estado liberal consiste, pues, en el Constitucionalismo y la Codificación.

Los dos conceptos devienen en símbolos jurídicos característicos de una época y están profundamente ensamblados, por la afinidad de los principios que a uno y otro corresponden, y por la pretensión de alcanzar una finalidad común: la igualdad jurídica que supere todos los privilegios y logre la imparcialidad legal todos los ciudadanos. Ambos son también los modos fundamentales de la legislación liberal que pretenden al mismo tiempo unificar legal y políticamente el Estado.

Partiendo de ello, el paralelismo existente entre los movimientos constitucionalista y codificador en nuestro país resulta tan evidente como insuficientemente estudiado. Ambos fueron el fruto de preocupaciones sociales, políticas y jurídicas similares. A ello se unió la irrupción del criterio de uniformidad legislativa que todas las constituciones decimonónicas preceptuaron y que, con los matices aportados por los movimientos forales que no querían perder determinadas especificidades normativas de sus territorios propios, acabó siendo aceptado como un elemento indispensable del progreso jurídico europeo, de la superación de los arcaísmos del *Ancien Régime*, del paradigma de la libertad y la igualdad liberal, y todo al margen del componente ideológico que, como se ha visto, acabó por condicionar los textos constitucionales de esta época (MIRETE NAVARRO, 1974-75). Es por ello que “cuando precede el fenómeno constituyente se cuiden los Códigos políticos de anunciar como una garantía más la codificación civil y penal, casi predicando con ello un nuevo y único evangelio, cuyos dogmas se aplicasen a todas las esferas” (PÉREZ SERRANO, 1953, p. 94)

En España la relación de ambos fenómenos aparece marcada por el hecho de que la Codificación aparece inducida por el Constitucionalismo. Aún más, la realización de la misma constituye un mandato constitucional”. Así lo hemos comprobado en el breve repaso a las diferentes constituciones decimonónicas que recogían esa avidez codificadora, ese afán por cumplir tal requisito que se hacía consustancial a la propia idea de constitucionalismo. Algún autor lo pone de relieve manifestando que la Codificación “se expresa por la Constitución y se encierra en ella” (CLAVERO, 1989, p. 83). Así, hemos reseñado en el sucinto examen introductorio de la historia constitucional española, como diferentes textos decimonónicos recogían en su articulado este mandato codificador. Estos preceptos encierran el encargo propio y la consecuencia del señalado principio de igualdad ante la Ley de todos los españoles y son la superación lógica de los privilegios estamentalistas. Y es que la Codificación civil sufrió análogos avatares que el Constitucionalismo, aunque no se distinga una cronología similar entre ambas situaciones.

CLAVERO define la relación originaria entre los dos procesos de manera que fue la Constitución la que proporcionó a la Codificación su primer componente básico: el sujeto unitario. Para llegar a él hubo de obrarse una “revolución normativa”. Aparecieron las Constituciones que con sus Declaraciones de Derechos, desplegados de forma igualitaria por todo el territorio, acabaron por crear el sujeto unitario al que habrían de aplicarse. La base es el nuevo sujeto que se concibe y respecto al cual puede predicarse la norma. Sólo entonces puede pasarse del significado estatuido al estatuyente que concibe el Derecho codificado. Declaraciones de Derechos y Constituciones ingresan en el campo de la Codificación al tiempo que otras normas pretéritas con denominaciones de Código lo abandonan. “La Constitución es Código y semilla de Códigos” (CLAVERO, 1989, p. 82). Sin ella los Códigos no se definen. La historia de la Codificación sigue su propia secuencia: Revolución, Declaración, Constitución y Códigos (CLAVERO, p. 84). Pero hemos de tener en cuenta también que la Codificación sirvió de elemento esencial para la adaptación de los distintos sectores del ordenamiento jurídico al régimen constitucional que iban marcando los diferentes textos constitucionales. La importancia constitucional es tanta que la historia de la Codificación europea debería partir, actuando como elemento esencial, del constitucionalismo norteamericano (COMANDUCCI, 1987). Y es que para la Codificación es tan fundamental la revolución liberal como la revolución constitucional.

De esta forma, la Codificación cumplió la función de unificar, suprimiendo fraccionamientos, subdivisiones, pluralidad de situaciones. El criterio unificador se convirtió en principal impedimento para lograr aquélla, pero también en sustancial anhelo, requisito y meta. Unificar supone, además, una operación que se desarrolla en un ámbito geográfico o territorial, dirigida a suprimir las fuentes jurídicas locales y sustituirlas por una regla única y uniforme. Históricamente ha sido a menudo una operación difícil, compleja y traumática, porque detrás del fraccionamiento geográfico del derecho no se escondían, como frecuentemente se ha dicho, sólo miedos ancestrales o cómodos letargos. A sus importantes obstáculos se unían los esfuerzos de todas las minorías -étnicas, lingüísticas, religiosas, económi-

cas- de no ser ahogadas por un derecho unitario, que, entendían ellas, tendía a aplastarlas y a obligarlas inevitablemente a alinearse sobre esquemas y modelos considerados extraños y, por consiguiente, ni ambicionados, ni compartidos. Esto explica también que, en países como España, esta operación unificadora durase decenios porque las minorías articularon su propio disenso y obstaculizaron, como se ha dicho, eficazmente, las aspiraciones centralizadoras de los liberales del siglo XIX.

La codificación se convierte no sólo en un mero instrumento jurídico que proporciona coherencia y seguridad jurídica al sistema legal sino que, sobre todo, representa un elemento básico del ideal económico burgués que precisa de uniformidad legislativa como precondition para la expansión inversionista, financiera y especulativa, y que precisa de un poder centralizado que iguale a toda la población y no permita las arbitrariedades legislativas de poderes oligárquicos o caciquiles que aprovechan la lejanía territorial de la administración central. En este sentido el Código sirve a su vez de unidad (MIRETE NAVARRO, 1974-75). Así dirá LASSO que la codificación consiste en la formación de un sistema completo de Derecho. Un sistema que se propone la unificación y la certeza del Derecho (LASSO GAITE, 1979, p.11).

La línea del pensamiento uniformista, consustancial al movimiento codificador, se confirma con la simple comparación del repetido artículo 258 de la Constitución de 1812 con el artículo 4 de las sucesivas Constituciones de 1837 y 1845. En efecto, el primero de ellos previene que “unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”; y según el artículo 4 de la Constitución de 1845 “unos mismos Códigos regirán toda la Monarquía”. Como puede apreciarse, unidad legislativa absoluta en las Constituciones de 1837 y 1845, que alumbraron el proyecto de Código civil de 1851. No se olvide además que este designio uniformista, fue seguramente el factor determinante que, como tuvimos ocasión de analizar, llevó al fracaso del Código civil. Lo cual tal vez explique que se volviera al conocido criterio de la

primera Constitución de 1812, es decir, uniformidad legislativa con matizaciones (PUIG FERRIOL, 1876).

De esta manera, tal y como ocurriera en Alemania a principios del diecinueve<sup>34</sup>, cuya tardanza en realizar la obra codificadora giró en torno a la controversia jurídica sobre la oportunidad de la Codificación y dio lugar a la aparición de la *pandectística*, corriente jurídica que racionalizó y sistematizó el Derecho civil romano, en España la misma discusión motivó el retraso en la elaboración del Código civil<sup>35</sup>. Los prosélitos de la Codificación, encabezados por Alonso Martínez<sup>36</sup>, defendían la necesidad y conveniencia de la agrupación de las normas jurídicas civiles en aras de los citados ideales de igualdad y seguridad jurídica. Los detractores de la sistematización normativa, en cuyo frente destacaba Durán i Bas, con el apoyo del movimiento foralista en diferentes regiones españolas y, fundamentalmente, en Cataluña, Galicia y País Vasco, entendían que el derecho, como creación del espíritu del pueblo, precisa de un momento de maduración oportuno para su codificación y que, por entonces, aún debía esperar<sup>37</sup>.

34 La controversia entre los defensores de la codificación alemana, defendida por Thibaut, y los defensores de la imperfencia de tal unificación surgió a raíz de una pequeña obra del primer autor sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania, datada en 1814 y rápidamente respondida por Savigny ese mismo año. Este asunto puede consultarse con profundidad en THIBAUT-SAVIGNY, La codificación, trad. esp. Díaz García, Madrid, 1970. También, THIBAUT, A.F.J.: Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania, Heidelberg, 1814; y su oportuna respuesta a manos de VON SAVIGNY, F.K.: De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho, Heidelberg, 1814, trad. al español POSADA, A., Buenos Aires, 1977.

35 No obstante, sobre la citada polémica en torno a la codificación alemana, observa TOMÁS Y VALIENTE que se ha exagerado la influencia de la polémica Thibaut-Savigny a la hora de justificar el retraso de la codificación española. A su juicio, no está demostrado que en España todos los juristas de la primera mitad del siglo XIX leyeran directamente a Kant o a Hegel, ni siquiera a Thibaut o Savigny [Códigos y Constituciones (1808-1978), cit., p.28]. Entre nosotros el nivel filosófico de la polémica se trivializó. El conocimiento de los escritos de Savigny es de segunda mano y tardío. Antes de la recepción de la Escuela Histórica en Cataluña hay, durante la década de 1840, en Madrid y en Sevilla, algún eco o noticia aislada de ella; pero se trata de una introducción inicialmente tímida, académica y alejada de las implicaciones políticas (de política legislativa y de política nacionalista) que el historicismo conservador de Savigny y de sus discípulos encerraba. Es más, el aplazamiento que Savigny logró en Alemania para la formación de BGB fue utilizado, como el siempre anunció, como ocasión para la formación de una ciencia alemana del Derecho (y más en particular del Derecho civil) que acabó sistematizando de un modo formal y racionalista unos dogmas contruidos no sobre la experiencia histórica alemana, sino sobre el Derecho romano de las Pandectas ("pandectística"). Nada de eso se pretendió hacer en España, ni ciertamente se hizo (RODRIGUEZ ENNES, Historia do Direito de Galicia, cit., nt. 469).

36 "Lo declaro franca y noblemente, mi sueño dorado es la publicación del Código Civil", ALONSO MARTÍNEZ: Cuál es y cuál debe ser el estado de la legislación en España, discurso de la solemne apertura de los Tribunales (15 de septiembre de 1881), Madrid, 1881.

37 El enfrentamiento dialéctico se hizo patente y manifiesto en la cámara legislativa. Así dirá Durán i Bas: "Ciertamente señores Diputados hay completa discordancia entre el criterio del señor Alonso Martínez y el mío. (...) La unificación podrá ser un bien para las naciones, podrá ser tendencia de nuestra época, podrá ser un

Sin embargo, el principal obstáculo que motivaba la contumaz oposición a la Codificación no era tanto la cuestión filosófica proveniente de la ciencia jurídica alemana sino el peligro de la uniformidad jurídica. El enemigo no era la sistematización sino la igualación jurídica que enrasaría todo el territorio estatal sin atender a peculiaridades socioeconómicas o a tradiciones históricas. Detrás de una loable lucha por el mantenimiento de institutos jurídicos idiosincráticos de los pueblos se hallaba, sin lugar a dudas, la pérdida de hegemonía real que suponía para los poderes locales este fenómeno de la unificación (TARELLO, 1969). A este respecto, desde sus propios orígenes, el constitucionalismo contemporáneo en España se ha definido frente a la existencia de los derechos forales en cuanto que derechos históricos (ALEJANDRE GARCÍA, 1978, pp. 125).<sup>1</sup> Las constituciones que acudían a la fundación de un nuevo sistema jurídico y de los derechos forales de determinación histórica eran, justamente, realidades antagónicas; las primeras nunca han reconocido o ni siquiera mencionado a los segundos, rechazándolos siempre implícitamente en su proyecto de codificación del Derecho (CLAVERO, 1978, p. 21. Y es que el concepto de “derecho foral”, como derecho particular de algunos territorios por razón de permanencia histórica, se había formado a lo largo del XIX al margen de las constituciones<sup>38</sup>.

Por otro lado, el largo período de tiempo que transcurrió entre la Constitución de 1812 y la entrada en vigor del Código en 1889 no se utili-

---

desiderátum de ciertas escuelas que paulatinamente se consiga: ese bien, ese desiderátum, esa tendencia ha de subordinarse a la influencia de ciertas condiciones históricas de las naciones, ...”, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 19 de junio de 1885, núm. 177. De otro lado, el sustento filosófico de la postura no codificadora seguía las tesis de Savigny: “En el seno de toda sociedad, y desde sus primeros albores, se forma un espíritu propio, peculiar, exclusivamente suyo, que la anima, que la mueve, que la acompaña en todas las manifestaciones de su vida...”, DURÁN I BAS: Estudios Políticos y Económicos, Barcelona, 1856. Sobre los adversarios de la codificación vid., entre otros, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ: O Pensamento iusfilosófico de Alfredo Brañas en relación co do seu tempo, Santiago de Compostela, 2002; FIGUERAS PAMIES: La escuela jurídica catalana frente a la codificación española: Durán i Bas: su pensamiento jurídico-filosófico, Barcelona, 1987; GIL CREMADES: El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo, Barcelona, 1969; GONZÁLEZ VICEN: “La Escuela Histórica del Derecho”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 18-19 (1978-79); VALLET DE GOYTISOLO: “La polémica de la Codificación: la Escuela Filosófica y la Escuela Histórica”, Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, núm. 19 (1988).

<sup>38</sup> Asume ya la categoría de “Derecho foral” la enseñanza universitaria tras la frustración del proyecto de Código civil de 1851: “Historia e instituciones del Derecho civil español común y foral” es ya al menos disciplina del plan de licenciatura de 1857.

zó para crear una ciencia jurídica civil propia con suficiente empaque para ser incluida en un Código de leyes civiles y por ello hubo de recurrirse al modelo de Código napoleónico, adaptándolo a nuestro país (CLAVERO, 1984). Aún así, el Proyecto de Código civil de 1851 y la labor del jurista García Goyena contribuyeron decisivamente en la mejora de la literatura jurídica de la segunda mitad del diecinueve y resultaron determinantes para que el Código finalmente aprobado se distanciase del *Code* napoleónico, mostrando más empatía con las instituciones propias del derecho nacional. Este arrimo al derecho autóctono del país y de ciertas regiones, así como el respeto a ciertas peculiaridades forales resultó definitivo para vencer la oposición foralista y lograr así el acuerdo mínimo logrado en 1889.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEJANDRE GARCÍA: *Derecho del constitucionalismo y de la codificación*, Sevilla, 1978.

ALONSO MARTÍNEZ: *Cuál es y cuál debe ser el estado de la legislación en España*, discurso de la solemne apertura de los Tribunales (15 de septiembre de 1881), Madrid, 1881.

ALONSO PÉREZ: “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889”, Madrid: *Centenario del Código Civil I*, 1990.

ANTEQUERA, J.M.: *La Codificación moderna en España*, Madrid, 1886.

ARRAZOLA, L.: *Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, tomo IX, Madrid, 1856.

ATARD, R.: *La Escuela Histórica del Derecho*, Madrid, 1908.

ATTARD, E.: *El constitucionalismo español: 1808-1987. Ensayo histórico-jurídico*, Valencia, 1988.

BARÓ PAZOS: *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993.

BONET CORREA: “En el Centenario del Proyecto Isabelino de Código civil”, *Información jurídica* 96 (1951).

BRAVO LIRA: “Codificación europea e hispanoamericana”, en *Revista de Estudios históricos-jurídicos* 9 (1989) Valparaíso.

CAMBRONERO, M.M.: *Discurso sobre la necesidad de una nueva Legislación para las provincias españolas y medios de formarla*, Madrid, 1810.

CANO BUENO: *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989.

CÁNOVAS SÁNCHEZ: *El moderantismo y la Constitución española de 1845*, Madrid, 1985.

CARRIÓN: *Historia y futuro del Matrimonio civil en España*, Madrid, 1977.

CASANOVA AGUILAR: *Aproximación a la Constitución nonnata de 1856. Presentación general y primera publicación del texto íntegro*, Murcia, 1995.

CASTÁN VÁZQUEZ: “El proyecto de Código civil de 1851 y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número especial dedicado al Centenario del Código civil, Madrid, 1988.

- “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en *Homenaje al Profesor Roca Juan*, Murcia, 1983.
- “El Código civil de Andrés Bello, factor de unidad”, en *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Congreso Internacional, Roma, 1981.
- “Humanismo y Derecho en Andrés Bello”, en *Anuario de la Fa-*



*cultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes*, Mérida, 1983-84.

CLAVERO, B.: *La idea de Código en la Ilustración jurídica, Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, 1978.

- *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, Madrid, 1984; “Materiales primeros para una historia constitucional de España”, en *AHDE*, LIX (1989).
- “Codificación y constitución: paradigmas de un binomio”; *Quaderni Fiorentini*, XVIII (1989).
- “La gran dificultad. Frustración de una ciencia del Derecho en la España del siglo XIX”, *Ius Commune*, XII (1984).

COMANDUCCI, P.: “La costituzionalizzazione americana: un capitolo nella storia della cultura giuridica europea”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 17 (1987).

CONTRERAS y MARTÍNEZ AGUIRRE: “La actitud de Navarra ante el Código civil”, *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990.

CRESPO DE MIGUEL: “El matrimonio en los dictámenes oficiales sobre el Proyecto de Código civil español de 1851”, en *RGLJ* (1987).

DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1955.

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.J.: *Curso de Derecho Constitucional español*, Madrid, 1994.

DE LOS MOZOS: “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código civil de Andrés Bello”, en *RGLJ* (1978).

DONEZAR, J.M.: *La constitución de 1869 y la revolución burguesa*, Madrid, 1985.

D'ORS, A.: “Los derechos civiles regionales en la España moderna”, en *La formazione Storica del Diritto moderno in Europa*, Florencia, 1977.

DURÁN I BAS: *Estudios Políticos y Económicos*, Barcelona, 1856.

ESCUADERO, J.A.: *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 6ª ed., 1990.

GARCÍA CANALES: “Reforma de la Constitución de 1876”, *Revista de Derecho Político*, VIII (1981).

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, A.L.: *O Pensamento iusfilosófico de Alfredo Brañas en relación co do seu tempo*, Santiago de Compostela, 2002.

FIGUERAS PAMIES: *La escuela jurídica catalana frente a la codificación español: Durán i Bas: su pensamiento jurídicofilosófico*, Barcelona, 1987.

GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.

GIL CREMADES: *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969.

- *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona, 1969.

GÓMEZ ARBOLEYA: *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, 1962.

GÓMEZ DE LA SERNA: “Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II”, en *RGLJ* 39 (1871).

GÓMEZ MAMPASO: “Alonso Martínez y la Codificación Civil”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 19 (1988).

GONZÁLEZ-ARES, J.A.: *Introducción al estudio del constitucionalismo español. 1808-1975*, 4ª ed., Santiago de Compostela, 2003.

- “La Constitución moderada de 1845: notas y comentarios en el ciento cincuenta aniversario de su promulgación”, en *Revista del Colegio de Abogados de Ourense*, núm. 21, 1995.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ: “La forma de gobierno en el debate constituyente de 1869”, *Revista de Derecho Político*, núm. 55-56, 2002.

GONZÁLEZ VICEN: “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18-19 (1978-79).

GROIZARD: “De la Codificación en España”, en *RGLJ 21* (1862).

LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, 1979.

MALUQUER DE MOTES: “La codificación civil en España, síntesis de un proceso”, en *RDP* (1981).

MARTIRÉ, E.: “La importancia institucional de la Constitución de Bayona en el constitucionalismo hispanoamericano”, *Historia Constitucional*, (revista electrónica), n. 9, 2008.

MIRETE NAVARRO: “M. Alonso Martínez y la polémica sobre la codificación en España”, *Anales de la Universidad de Murcia. Derecho*, Vol. 33. Nº 1-2. (1974-75).

MORTARI: “Codice. Premessa storica”, en *ED*, 7.

PALMA Y LUJÁN: “Congreso de Jurisconsultos”, en *RGLJ 23* (1863).

PÉREZ-PRENDES: “Continuidad y discontinuidad de la Constitución de 1876”, en *Revista de Derecho Político*, 8 (1981).

PÉREZ SERRANO: “Constitucionalismo y Codificación”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1953.

PESET REIG, “Análisis y concordancia del proyecto del Código civil de 1821”, *Anuario de Derecho civil*, tomo XXVIII (1975).

PIO CARONI: *Lecciones catalanas sobre la codificación*, Madrid, 1996.

PUIG FERRIOL: “El denominado problema foral desde la perspectiva de un Centenario”, en *Centenario del Código civil*, I.

ROCA TRÍAS: “El Código civil y los derecho nacionales, en especial el Derecho civil catalán”, en *RJC 3* (1997).

- La Codificación y el Derecho foral”, en *RDP* (1978)

RODRÍGUEZ ENNES: *Historia do Dereito de Galicia*, Vigo, 2000, p. 150.

- “Proceso histórico de formación del Derecho civil de Galicia”, *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 5 (1996).
- “Florencio García Goyena y la codificación iberoamericana”, en *AHDE*, nº 76 (2006).

ROLDÁN BERDEJO: *La Ley del Matrimonio civil del 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, 1980.

SALVADOR CODERCH: “El Proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el derecho civil catalán”, en *RJC* 1980/1981, y 1982.

SÁNCHEZ FERRIZ: *La Restauración y su constitución política*, Valencia, 1984.

SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil. Historia General de la Legislación española*, 1ª ed., Granada 1880.

SEVILLA ANDRÉS: *Historia política de España (1800-1973)*, Madrid, 1974.

SOLÉ TURÁ, J. y AJA, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España*, 15ª ed., Madrid, 1990.

TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976.

- *La ideologie della Codificazione. Del particolarismo giuridico alla codificazione napoleónica*, Genova, 1969.

TOMÁS VILLARROYA: “Las reformas de la Constitución de 1812 en 1836”, *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, núm. 4, 1964.

- *El sistema político del Estatuto Real*, Madrid, 1968.

THIBAUT, A.F.J.: *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, Heidelberg, 1814.

THIBAUT-SAVIGNY, *La codificación*, trad. esp. Díaz García, Madrid, 1970.

TOMÁS Y VALIENTE: “Notas para una nueva historia del constitucionalismo español”, *Sistema*, XVII-XVIII (1977).

- *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989.
- *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1983.
- *Obras Completas*, Madrid, 1997.

TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, 1ª ed., Madrid, 1986.

VALLEJO, J.: “Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)”, en *AHDE*, LVII (1997).

VALLET DE GOYTISOLO: “La polémica de la Codificación: la Escuela Filosófica y la Escuela Histórica”, *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 19 (1988).

VARELA SUANZES-CARPEGNA: “La monarquía imposible: la Constitución de Cádiz durante el trienio”, *AHDE*, LXVI (1996).

- “La constitución española de 1837: una Constitución transaccional”, en *Revista de Derecho Político*, XX (1983-84).

VON SAVIGNY, F.K.: *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Heidelberg, 1814, trad. al español POSADA, A., Buenos Aires, 1977.

# O REGISTRO DE IMÓVEIS E AS ÁREAS PROTEGIDAS PELA LEGISLAÇÃO

**Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva**

Juiz Federal. Mestre e Doutor em Ciência Jurídica pela Fundação Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Florianópolis/SC, Brasil.

**Marcelo Buzaglo Dantas**

Advogado. Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Visiting Scholar da Elisabeth Haub School of Law - Pace University (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da Widener University – Delaware Law School (EUA) e da Universidad de Alicante (ES).

Recebido em: 16/01/2021

Aprovado em: 08/02/2021 e 08/02/2021

**RESUMO:** A Constituição Federal assegurou a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, bem assim o direito de propriedade e a sua função social, delegando ao Registro de Imóveis a missão de concentrar todas as informações relativas ao bem de raiz. Há um trinômio envolvendo meio ambiente, propriedade imobiliária e Registro de Imóveis, na medida em que as informações, os direitos e as restrições ambientais devem ser inscritas na matrícula do bem, operando-se a publicidade ambiental, a segurança jurídica econômica e a preservação do meio ambiente. Dessa forma, o presente trabalho, utilizando-se da pesquisa bibliográfica como metodologia, tem por objetivo estudar as relações entre o Registro de Imóveis e algumas hipóteses de áreas protegidas pela legislação, verificando se

há alguma interação normatizada entre eles, especialmente quanto ao ingresso dos seus institutos nas serventias do registro imobiliário, em prol da defesa e da manutenção desses espaços. Ao estudar as diversas possibilidades e as consequências jurídicas para as propriedades imobiliárias nessas relações ambientais e registrais, verificar as medidas necessárias para que a eficácia da legislação seja potencializada através de uma adequada combinação com o Direito Registral, de molde a obter repercussões e interações diretas e práticas no âmbito do registro imobiliário em favor do meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de Imóveis – Meio Ambiente – Áreas protegidas

**ABSTRACT:** The Federal Constitution guaranteed everyone the right to a balanced environment, as well as the right to property and its social function, delegating to the Property Registry the task of concentrating all information related to the root asset. There is a trinomial involving the environment, real estate and Property Registry, insofar as environmental information, rights and restrictions must be registered in the property's registration, operating environmental advertising, economic legal security, preservation of the property, and preservation of the environment. Thus, the present work, using bibliographic research as a methodology, aims to study the relationships between the Property Registry and some hypotheses of areas protected by the legislation, checking if there is any standardized interaction between them, especially regarding the entry of its institutes in the real estate registry services, in favor of the defense and maintenance of these spaces. When studying the various possibilities and legal consequences for real estate properties in these environmental and registry relationships, verify the necessary measures so that the effectiveness of the legislation is enhanced through an appropriate combination with the Registration Law, in order to obtain repercussions and direct interactions and practices within the real estate registry in favor of the environment. <sup>1</sup>

**KEYWORDS:** Property Registration - Environment - Protected Areas

---

<sup>1</sup> Tradução livre.



## INTRODUÇÃO

O artigo tem por objetivo científico estudar algumas hipóteses de espaços territoriais especialmente protegidos pela legislação ambiental, urbana (DALLARI, 2007, p. 92) e agrária (RIZZARDO, 2014, p. 20) e suas interações com o registro imobiliário. Insere-se na temática combinada com o Direito Ambiental (ANTUNES, 2012, p. 6) e o Direito Registral<sup>2</sup>, buscando elementos teóricos que possam legitimar dogmaticamente a inscrição das informações ambientais nas matrículas do Registro de Imóveis (SARMENTO, 1977, p. 3) em benefício do meio ambiente.<sup>3</sup>

É intuitivo que aquelas áreas que apresentam características naturais únicas devem ser preservadas. O índice de conservação é uma hipótese variável, de acordo com a legislação que a especificou e classificou, estando espalhadas no sistema jurídico brasileiro.

Pretende-se verificar algumas modalidades de áreas protegidas e suas relações com o registro imobiliário, mormente se indagarmos: existe uma interação entre a legislação e o Registro de Imóveis para a inscrição dos espaços protegidos nas matrículas?

Destarte, é necessário e oportuno averiguar o problema e, de qualquer forma, pensar em como melhorar o intercâmbio de informações entre os órgãos administrativos com o sistema (MELO, 2000, p. 88) de registro imobiliário e, então, propor medidas práticas em prol das áreas protegidas e da sustentabilidade. (REAL FERRER, 2013, p. 13)

Sob a perspectiva da publicidade e da segurança jurídica, pretende-se demonstrar a importância da interligação entre as normas ambientais e as de Direito Registral, potencializando a informação de caráter ambiental com sua inscrição na matrícula imobiliária. (MÁÑEZ, 2010, p. 175-176)

---

2 Direito Registral: é o conjunto de princípios e de normas que têm por objetivo disciplinar os registros públicos, regulamentando a forma e o procedimento para a realização de tais atos solenes, bem assim os efeitos e as consequências jurídicas que deles promanam.

3 Meio ambiente: “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Consoante o artigo 3º da Lei 6.938/1981.

A transparência<sup>4</sup> e a acessibilidade à informação proporcionadas pelo registro imobiliário a todos, independentemente de justificação<sup>5</sup> e mediante simples requerimento ao Oficial do Registro de Imóveis, podem ser umas das medidas de maior eficácia para a criação e manutenção dos espaços protegidos na atualidade.

Daí ser oportuno questionar quais são as informações, relativas à criação/preservação/manutenção das áreas protegidas e do meio ambiente (WOLF, 1997, p. 1) que as envolve, que devem ser inscritas na matrícula das propriedades. Sem dúvida, são inúmeras as hipóteses, especialmente quando cominadas ao proprietário limitações e/ou obrigações de fazer ou não fazer, cujo conhecimento por terceiros somente é viável pela via da inscrição na matrícula e pela publicidade registral, sob pena de exigir-se do cidadão a difícil e onerosa busca por informações a inúmeros e desconhecidos órgãos administrativos.

A publicidade ministrada pelos registros públicos não apenas predis põe ao conhecimento geral atos e fatos jurídicos importantes, mas o faz de uma maneira cronologicamente organizada em relação a determinado bem imóvel. Dessa maneira, são ofertadas à sociedade suas modificações, extinções, restrições, condições, circunstâncias e tudo o mais que seja relevante para o mundo jurídico, descortinando a completa situação de seu objeto, com total transparência.

## 1. REGISTRO DE IMÓVEIS E MEIO AMBIENTE: SUSTENTABILIDADE

As serventias imobiliárias destinam-se ao assentamento de títulos públicos e privados e, com a publicidade advinda do registro<sup>6</sup>, outorgam-se aos títulos a oponibilidade a terceiros. O sistema de Registros Públicos é destinado a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos

---

4 Transparência do Estado se revela quando ele torna pública a informação que detém, de forma acessível, clara e simples, despida de tecnicismos ou outras linguagens obscuras para a maioria da população.

5 Lei 6.015/1973: "Art. 17. Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido."

6 Lei 6.015/73: "Art. 16. Os oficiais e os encarregados das repartições em que se façam os registros são obrigados: 1º a lavrar certidão do que lhes for requerido; 2º a fornecer às partes as informações solicitadas".

atos jurídicos, na forma do artigo 1º da Lei 8.935/1994, também conhecida como a “Lei dos Notários e Registradores”. (CENEVIVA, 2000, p. 21)

O acesso às informações constantes do registro é amplo e livre, consoante o artigo 17 da Lei 6.015/1973, pelo que qualquer “pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”.

Todas as informações devem estar concentradas na matrícula, sendo que cada bem de raiz terá a sua própria, contendo todo o seu histórico e possibilitando que o interessado em conhecê-lo consulte a serventia imobiliária da sua circunscrição territorial, solicitando certidão ao registrador.

No papel de fiel repositório dos aspectos, referências, fatos e elementos do imóvel, contendo, portanto, todos os dados importantes relativos à propriedade e, com isso, destinando-se a dar segurança ao tráfico imobiliário e aos negócios jurídicos daí resultantes, o sistema registral deve estar aberto aos princípios, conceitos e normas ambientais, espelhando não só os ativos e as possibilidades, mas, especialmente, os passivos que oneram a propriedade e que a acompanham por toda a vida.

MÁÑEZ, a partir da experiência europeia, defende que os registros imobiliários exerçam “atividades de informação e de segurança jurídica em matéria ambiental”, convertendo-se em instrumentos de “proteção da legalidade meio ambiental”, mediante:

- a constância, no arquivo particular de cada propriedade (matrícula), de todas aquelas circunstâncias de caráter meio ambiental que possam provocar modificações em sua configuração física, gerar limitações de uso ou exercício dos direitos, ou impor obrigações de fazer ou não fazer;
- a utilização do cartório como centro de difusão de informação meio ambiental relativo ao território do distrito registral de que se cuida, aproveitando que se trata de órgãos públicos, descentralizados e com grande implantação territorial, completamente informatizados, e relacionados com os departamentos de registro dos demais países da União Europeia. (MÁÑEZ, 2010, p. 186-187).

Com efeito, a serventia do Registro de Imóveis, para gerar a proteção econômica da propriedade, deve fornecer à coletividade quaisquer informações relativas à situação do bem, especialmente nesses novos tempos, as de caráter ambiental, as quais se revelam de primordial importância para a tutela dos direitos insculpidos no artigo 225 da nossa Carta Magna.

O problema da eficácia das leis é preocupante, uma vez que sem ela as regras jurídicas não têm sentido no mundo dos fatos:

*Según el profesor Rafael Valenzuela, una norma es eficaz cuando las respuestas conductuales reclamadas por su contenido preceptivo han sido las apropiadas para encarar la situación que motivó, precisamente, su imposición.*

*Se habla de eficacia cuando la norma cumple con la finalidad para la cual fue dictada, y de eficiencia cuando ella es acatada por la sociedad, alude al grado de obediencia efectivo, espontáneo o provocado, del deber ser impuesto por la norma vigente. (BITTERLICH, 2004, p. 64).*

É claro que o cumprimento espontâneo da norma é um ideal coletivo, porém difícil de ser atingido, senão impossível, mormente quando tratamos de regras limitadoras das liberdades patrimoniais, como sói ocorrer com as de Direito Ambiental.

Bem por isso, normas restritivas devem vir acompanhadas de instrumentos para lhes dar eficácia, não necessariamente do mesmo ramo do Direito, mas do mesmo sistema jurídico, que deve ser harmônico e suficientemente completo para que as regras e os princípios se auxiliem mutuamente em uma rede de proteção do bem jurídico que pretendem zelar: meio ambiente.

A Constituição Federal trouxe o princípio do direito ao meio ambiente equilibrado e o constitucionalizou no artigo 225, viga-mestra do sistema de princípios ambientais constitucionais: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Esse direito se traduz na conservação da natureza, suas propriedades e funções, garantindo-se a existência, evolução e desenvolvimento de todos os seres vivos do nosso planeta, podendo ser tal estado de coisas condensado na palavra sustentabilidade: (FREITAS, 2016, p. 43)

*Another principle undergirding much of international environmental law is that of sustainable development. This concept refers to limiting development to actions that sustain, rather than deplete or destroy, resources such as forests, fisheries, and the like. Sustainable development might be likened to using the income, rather than depleting the capital, of natural resources. It recognizes that these resources are finite. (WEINBERG & REILLY, 2008, p. 425)*

Ao tutelar o *equilíbrio*, quer-se preservar a estabilidade dos processos naturais, de molde a evitar que a ruptura dessa estabilidade nos leve ao colapso ambiental. Dessa forma, o Direito Ambiental precisa contar com instrumentos de ação concreta, próprios ou derivados de outras searas jurídicas, como sói ser o Direito Registral.

O artigo 225 da CF, dada a sua amplitude, generalidade e importância, expande-se e tem plena aplicação a quaisquer campos do Direito pátrio e, sempre que houver alguma hipótese onde o Direito Registral possa dar a sua contribuição e afetar positivamente a eficácia do Direito Ambiental, ele poderá ser invocado para legitimar a atuação do registro imobiliário em prol do meio ambiente.

O Estado tem o dever de agir, por todos os seus órgãos, especialmente os ambientais, na defesa da natureza, de partilhar as informações com a coletividade, de exigir compulsoriamente o zelo ambiental por parte de si próprio e dos particulares, bem como de comunicar às serventias imobiliárias dados de interesse do meio ambiente, para que sejam averbados nas matrículas, através de uma comunicação oficial, formal e completa com os cartórios.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Nesse sentido, a Lei de Registros Públicos: “Art. 217 - O registro e a averbação poderão ser provocados por qualquer pessoa, incumbindo-lhe as despesas respectivas”. Fonte: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm) Acesso em 18 dez 2020.

Não é mais possível que os diversos membros do corpo estatal não se comuniquem eficazmente. Parecem ilhas que não dialogam, embora próximas e ligadas pela legislação em diversas oportunidades. Aparentemente, falta o amálgama para juntar essas partes e delas extrair o máximo de eficácia.

De outro norte, as restrições ambientais ocorrem porque necessitamos de limites à atividade econômica, dada a sua inclinação para maximizar os ganhos e os lucros:

*While business teaches us effective forms of human organization, environmental science reveals that those forms do not necessarily preserve the natural resources that are the basis of our well-being. While business teaches how to gain financial wealth, ecological understanding demonstrates that wealth to be illusory unless it is based on the principles and cyclical processes of nature. The dialogue reconciling these dichotomies will be the fundamental basis for economic transformation. (HAWKEN, 2010, p.12)<sup>8</sup>*

O artigo 5º da Constituição assegura, como princípio fundamental, o direito de propriedade, assentando, logo em seguida, que a propriedade tem uma função social, constitucionalizando o *princípio da função socioambiental da propriedade*:

Fundamentalmente, pode-se dizer que a propriedade tem um conteúdo variável de acordo com a função social ditada pela natureza do bem, conforme limites fixados em lei, garantido, entretanto, um conteúdo mínimo essencial (CF, art. 5º, XXII). É que, de fato, a garantia do direito individual não dá ao titular a faculdade de exercer seus poderes ilimitadamente, mas submete-os aos direitos alheios, de igual natureza, e ao interesse coletivo, que deve prevalecer em face do direito individual.

O conceito de função social da propriedade não se confunde com o sistema de limitações à propriedade, pois a função social diz respeito

<sup>8</sup> “Enquanto os negócios nos ensinam formas eficazes de organização humana, a ciência ambiental revela que essas formas não preservam necessariamente os recursos naturais que são a base de nosso bem-estar. Enquanto os negócios ensinam como obter riqueza financeira, a compreensão ecológica demonstra que a riqueza é ilusória, a menos que seja baseada nos princípios e processos cíclicos da natureza. O diálogo que concilia essas dicotomias será a base fundamental para a transformação econômica” (TRADUÇÃO LIVRE).

à própria estrutura do direito de propriedade, enquanto que as limitações têm como objeto o exercício do direito, expressando-se na esfera do poder de polícia, [...]. (CHALHUB, 2000, p. 11-12).

Portanto, a propriedade deve estar voltada ao bem estar de todos e ao equilíbrio ambiental, sendo inconstitucional qualquer legislação que contrarie esse comando. E isso justifica racionalmente e socialmente a imposição de restrições às propriedades inseridas em áreas com especiais atributos.

Os espaços territoriais especialmente protegidos consistem naquelas porções com características naturais relevantes dignas de proteção legal. São exemplos as Áreas de Preservação Permanente, as Reservas Legais, as áreas de proteção especial, previstas na Lei de Parcelamento do Solo Urbano - Lei 6.766/1979, entre outras, que igualmente encontram-se protegidas, embora com finalidades distintas das Unidades de Conservação.

Vamos, portanto, examiná-las em conexão com o registro imobiliário e as suas possibilidades.

## **2. CÓDIGO FLORESTAL: ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E RESERVA LEGAL**

A Lei 12.651/2012 revogou o antigo Código Florestal, estando agora firmado que as “obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”.

A Lei 12.651/2012 definiu as Áreas de Preservação Permanente - APP no seu artigo 3º, inciso II, dispondo que são áreas protegidas, com ou sem vegetação nativa. Possuem “a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Igualmente, definiu a Reserva Legal em seu artigo 12, como sendo o espaço localizado no interior de uma propriedade ou posse rural, com a

missão de assegurar o uso econômico sustentável dos recursos naturais do imóvel, além de “auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.

Os artigos 4º e 6º discriminam as Áreas de Preservação Permanente, que, como sua própria denominação aponta, são áreas de preservação, e não de conservação, sendo impedida qualquer exploração econômica direta (agricultura, pecuária, madeira, etc.), ainda que com manejo: “São espaços de proteção impositiva e integral e destinam-se basicamente à proteção das águas e da qualidade dos solos” (CAMPOS JÚNIRO, 2005, p. 170), podendo ser legais ou administrativas. (MACHADO, 207, p. 908)

Para fins de proteção jurídica da APP, o artigo 7º do novo Código Florestal estabelece que a vegetação será mantida e, se já houve a supressão, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da mata, obrigação esta de natureza real, sendo transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural, consoante o parágrafo 2º do artigo.<sup>9</sup>

Então, de acordo com o dispositivo, temos uma obrigação real a ser transmitida ao sucessor da propriedade agrícola, mediante a averbação da Área de Preservação Permanente no registro imobiliário, que se fará na primeira transmissão com o devido georreferenciamento, nos termos exigidos pelo parágrafo 3º do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, *in verbis*:

§ 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

<sup>9</sup> É o teor da Súmula 623 do STJ: “As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor”.



Com esse cuidado, atendemos vários princípios de Direito Ambiental, em particular, os princípios do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito à sadia qualidade de vida, da sustentabilidade, da informação ambiental, da participação e da publicidade, bem assim diversos princípios de Direito Registral, como os da concentração, da publicidade, da especialização, da continuidade, da fé pública, da tipicidade, da legalidade, da eficácia, da qualificação e da territorialidade.

*Y estamos asistiendo a una progresiva limitación de la propiedad privada por razones medioambientales y de ordenación del territorio, lo cual está ampliando la función calificadora del registro hasta aproximarlo a la de un gatekeeper. (GONZALES, 2012, p. 280)*

Claro está que não compete ao registro imobiliário discriminar as Áreas de Proteção Permanente existentes nas matrículas, devendo os órgãos ambientais providenciar ou fomentar a discriminação dessas terras, em obediência ao princípio da obrigatoriedade de intervenção do Poder Público<sup>10</sup>, a fim de que o registro as espelhe nas matrículas envolvidas, independentemente de uma negociação entre particulares que envolva transferência de domínio ou posse.

Não obstante, o Oficial do Registro de Imóveis deverá, nas propriedades rurais, por ocasião da qualificação do título, verificar a existência ou não de Áreas de Proteção Permanente na respectiva matrícula, podendo, a nosso sentir, exigir uma declaração negativa do transmitente, baseada em Anotação de Responsabilidade Técnica de um engenheiro ambiental ou outro profissional habilitado pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, com fundamento no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 12.651/2012.

A Reserva Legal está conceituada no artigo 3º, III, da Lei, sendo uma área localizada no interior de uma propriedade rural, com a função de assegurar o uso sustentável dos recursos naturais, bem assim auxiliar

<sup>10</sup> Nesse sentido, o artigo 41: “É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação: [...]”.

na conservação e na reabilitação dos processos ecológicos, conservando e promovendo a biodiversidade.

Consoante o artigo 12, todo “imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente”, observando-se o percentual de 20% para o sul do Brasil.

O titular da área poderá indicar e requerer a localização da Reserva Legal, consoante procedimento do artigo 14 da Lei, iniciando-se com a inscrição obrigatória no Cadastro Ambiental Rural – CAR<sup>11</sup> e a respectiva aprovação pela autoridade ambiental. Cumpridos os requisitos legais do artigo 18, a inscrição é automática.

O parágrafo 4º do artigo 18 cuidou de estabelecer um incentivo, pela gratuidade, para que o proprietário faça a averbação da Reserva Legal na matrícula do imóvel. Melhor seria se, uma vez estabelecido o cadastro, fizesse o órgão ambiental que recebeu o pedido e o habilitou a comunicação diretamente para o registro imobiliário, tendo em vista que é uma obrigação do Poder Público a defesa do meio ambiente, em especial, quando se trata de área já estabelecida como de proteção obrigatória pela lei de regência.

Não haveria qualquer dificuldade, porquanto o parágrafo 1º determina que a “inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante a apresentação de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração”, cumprindo-se o princípio registral da especialização.

De posse desses documentos, o Oficial do Registro de Imóveis pode realizar a averbação sem qualquer dificuldade, dando-se *publicidade real* à Reserva. Como já explicitamos alhures, a publicidade cadastral é relativa e depende de expressa consulta ao órgão público que, na maioria das vezes, fica afastado do local do imóvel ou situado nas capitais dos Estados, cir-

11 Nos termos do artigo 29: “É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento”. Para quaisquer informações o governo federal tem uma página na internet: <http://www.car.gov.br>

cunståncia totalmente diferente das serventias imobiliárias que, em geral, ficam mais próximas das propriedades rurais.

O registro público, que corresponde à especialização e à inscrição da Reserva Legal, operando-se a individualização como unidade inconfundível inserida no imóvel que integra, facilitaria sobremaneira não só o estabelecimento, de fato e de direito, como também resultaria em maior eficácia ambiental pela publicidade conferida pelo Registro de Imóveis, uma vez que é sempre o primeiro órgão a ser consultado em qualquer operação imobiliária ou creditícia.

Outrossim, teríamos uma afinidade entre cadastro e registro, com a perpetuação da informação ambiental na matrícula do imóvel, que tem por escopo vedar “a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei”, consoante o artigo 18 da Lei 12.651/2012.

A propósito, veja-se o art. 22 da Lei 4.947/1966, que fixa normas de Direito Agrário, dispõe sobre o Sistema de Organização e Funcionamento do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária e dá outras providências:

§ 7º Os serviços de **registro de imóveis ficam obrigados a encaminhar ao INCRA**, mensalmente, as modificações ocorridas nas matrículas imobiliárias decorrentes de mudanças de titularidade, parcelamento, desmembramento, loteamento, remembramento, retificação de área, **reserva legal e particular do patrimônio natural e outras limitações e restrições de caráter ambiental**, envolvendo os imóveis rurais, inclusive os destacados do patrimônio público.

§ 8º O **INCRA encaminhará, mensalmente, aos serviços de registro de imóveis**, os códigos dos imóveis rurais de que trata o § 7º, para serem averbados de ofício, nas respectivas matrículas. (Destques nossos) (SNCR, 2020, ONLINE)<sup>12</sup>

12 A Lei 5.868/1972 criou o Sistema Nacional de Cadastro Rural. Ela trata com afincio do CNIR – Cadastro Nacional de Imóveis Rurais, gerenciado pelo INCRA e pela Receita Federal, no afã de criar um sistema de integração de dados entre esses órgãos. Objetiva, também, a unificação dos registros cadastrais comuns às instituições federais, estaduais e municipais, de modo a ter-se maior confiabilidade aos dados com a união de esforços e interesses comuns, evitando a dispersão de recursos humanos e financeiros, além de facilitar a consulta de informações sobre os imóveis existentes no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)

Observa-se, claramente, a conjugação de esforços entre o INCRA e o Registro de Imóveis para fins de preservação da natureza e da eficácia de institutos de Direito Ambiental (reserva legal, unidade de conservação, limitações e restrições ambientais), e por incrível que pareça, a Lei 4.947/1966 cuida de reforma agrária e não de meio ambiente!

O artigo 66 do Código Florestal estabelece uma obrigação *propter rem*, ao determinar a obrigatoriedade da recomposição da Reserva Legal, atribuindo-lhe “natureza real”, pelo que “é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural” - § 1º.

Dessa forma, é mister que as obrigações de recomposição, que podem se dar pela regeneração natural da vegetação na área de Reserva Legal ou pela compensação, sejam averbadas no registro imobiliário, a fim de que a publicidade induza o cumprimento voluntário das medidas de recomposição pelos proprietários ou possuidores de terras rurais.

Finalmente, é interessante anotar que poderá ocorrer a extinção da Reserva Legal quando a área se tornar urbana, nos termos do artigo 19, ao dispor que ela “só será extinta concomitantemente ao registro do parcelamento do solo para fins urbanos aprovado segundo a legislação específica e consoante as diretrizes do plano diretor de que trata o § 1º do art. 182 da Constituição Federal”.

Exsurge, mais uma vez, a importância do Registro de Imóveis e da atividade do Oficial na qualificação do título, que deverá observar a exigência do plano diretor para a região abrangida pelo parcelamento do solo, averbando-se a extinção da Reserva Legal na matrícula, após a verificação de todos os requisitos legais.<sup>13</sup>

No Estado de Santa Catarina, a Lei 14.675, de 13 de abril de 2009, instituiu o Código Estadual do Meio Ambiente, estabelecendo regras para

---

LEIS/L5868.htm

13 O Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina estabelece: “Art. 691. A averbação da transformação de imóvel rural em urbano sem a prévia especialização da reserva legal deverá ser comunicada ao Ministério Público. Parágrafo único. A ausência de especialização será averbada na matrícula do imóvel”. Fonte: < <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/1312406/C%C3%B3digo+de+Normas+CGJ/9fd74fde-d228-4b19-9608-5655126ef4fa> > Acesso em 14 abr. 2020.

a *servidão ambiental* de caráter espontâneo, porquanto o proprietário pode instituí-la por acordo administrativo com o órgão ambiental estadual (no caso, o Instituto de Meio Ambiente de Santa Catarina – IMA), limitando o uso da propriedade em prol da preservação da natureza.

A matéria vem regrada pormenorizadamente no artigo 129-A do Código, destacando-se que *devem* ser objeto de *averbação na matrícula* no Registro de Imóveis o instrumento ou termo de instituição da servidão ambiental e o contrato de alienação, cessão ou transferência da servidão ambiental, estabelecendo, assim, uma *interação* com o registro público.

Observe-se que a existência jurídica *pressupõe* a inscrição no registro imobiliário, preservando-se efeitos pelo tempo e publicizando a servidão para terceiros interessados, com maior eficácia ao instituto de Direito Ambiental.

### **3. LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO: LEI 6.766/1979**

Mudando um pouco o foco das áreas rurais, cumpre examinar algumas *Áreas de Proteção Especial* previstas na Lei de Parcelamento do Solo Urbano - Lei 6.766/1979.<sup>14</sup>

*La frontera entre urbanismo y medio ambiente parece, por consiguiente, no haber existido jamás, sino en el espíritu de los que creían que el medio ambiente estaba limitado a la flora y a la fauna y el derecho de urbanismo al espacio urbano.*

*El derecho y los hechos hacen del Derecho del Urbanismo y del Derecho Ambiental, los derechos aplicables también a los espacios rurales y a los espacios urbanos, y tienen vocación de cohabitar estrechamente.*

*El Derecho Ambiental se ve cada vez más afectado a la ciudad a través de los conceptos de “medio ambiente urbano” o “ecología urbana”.*

<sup>14</sup> O Estatuto da Cidade, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e outras providências.

*La aceleración vertiginosa de la explosión urbana modificó la relación del hombre con su medio, la ciudad concentra sobre un espacio limitado, todos los problemas del medio ambiente.*

*El ambiente del hombre es cada vez menos natural y más urbano. (GRI-GARAVICIUS, 2001, p. 5)<sup>15</sup>*

É importante iniciar com alguns conceitos legais básicos, previstos no artigo 2º, pelo que o “parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento”, considerando-se como loteamento a divisão da gleba em lotes destinados a edificação, “com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”, e desmembramento como a mesma divisão, porém com o “aproveitamento do sistema viário existente”, não podendo implicar “na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”.

As primeiras limitações ao parcelamento do território afloram no artigo 3º, porquanto somente será admitida essa prática em zonas de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou definidas em lei do Município, observadas as seguintes proibições:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

15 “A fronteira entre o urbanismo e o meio ambiente, portanto, parece nunca ter existido, exceto no espírito daqueles que acreditavam que o meio ambiente se limitava à flora e à fauna, e o planejamento urbano a um direito ao espaço urbano”. - “A lei e os fatos constituem o Direito do Urbanismo e o Direito Ambiental, direitos também aplicáveis aos espaços rurais e aos espaços urbanos, e têm vocação para conviver estreitamente”. - “O Direito Ambiental é cada vez mais afetado pela cidade através dos conceitos de ‘ambiente urbano’ ou ‘ecologia urbana’”. - “A aceleração vertiginosa da explosão urbana modificou a relação do homem com o seu meio, a cidade concentra, num espaço limitado, todos os problemas ambientais”. - “O meio ambiente do homem é cada vez menos natural e mais urbano” (TRADUÇÃO LIVRE).

IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

O artigo 736 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina estabelece que o Oficial do Registro de Imóveis, responsável pela qualificação registral do loteamento, deverá exigir a licença ambiental do loteador<sup>16</sup>, atuando como verdadeiro fiscal do meio ambiente.

As cinco hipóteses de vedação e o controle do registrador, infelizmente, não têm impedido o parcelamento das áreas urbanas comprometidas, uma vez que dificilmente tais implicações são averbadas *a priori* no registro imobiliário, seja por negligência do Poder Público municipal, seja por desinteresse dos proprietários dos imóveis, porquanto restariam completamente desvalorizados.

Com isso, temos assistido diariamente ao prejuízo suportado pelos moradores de áreas alagáveis, bem assim dos ocupantes de morros e encostas pelo Brasil afora.

A averbação dessas restrições, por força dos princípios ambientais e registrais, é pacífica, encontrando respaldo legal no artigo 246 da LRP:

Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as subrogações e outras ocorrências que, **por qualquer modo, alterem o registro.** (Destaque nosso).

A medida influenciaria decisivamente a recuperação ambiental dessas áreas pelos seus proprietários, beneficiando não só eles mesmos, como também a sociedade local e a natureza. (MACHADO, 2017, p. 735)

A Lei de Parcelamento do Solo Urbano (APPARECIDO JUNIOR, 2012, p. 132) atribui aos Estados a definição, por Decreto, das *áreas de pro-*

<sup>16</sup> "Art. 736. Nos editais de publicação do loteamento ou desmembramento, além dos requisitos explicitados, o oficial, quando for o caso, identificará o documento de licença do órgão ambiental competente, que ficará arquivado na serventia". Fonte: < <https://www.tjsc.jus.br/documents/728949/1312406/C%C3%B3digo+de+Normas+CGJ/9fd74fde-d228-4b19-9608-5655126ef4fa> > Acesso em 14 abr. 2020.

*teção especial*, previstas no inciso I do artigo 13, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal, consoante artigo 14.

O texto legal visou a criar espaços dentro das cidades para preservação de bens e valores estratégicos, provenientes ou ameaçados pelos processos de urbanização, lembrando que as cidades são organismos vivos e dinâmicos.

A Lei Complementar 140/2001, nos artigos 7º a 9º, atribuiu a todos os entes políticos a possibilidade de “definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos”, criando uma superposição de hipóteses e infundáveis possibilidades de áreas protegidas no Brasil.<sup>17</sup>

Problemas à parte, porquanto nos parece que os Municípios é que acabam sendo prejudicados por essas infinitas e criativas possibilidades, não sendo necessário dizer que tais espaços, sem o necessário auxílio do registro imobiliário, morrerão no esquecimento público: os conhecidos “Parques de Papel”.

Como já observado, a publicidade ficta proporcionada pelo plano diretor é insuficiente, porquanto tais áreas merecem uma individualização e consequente averbação no fôlio real, possibilitando ao cidadão o conhecimento de todas as implicações ambientais que são trazidas pela legislação.

A informação ambiental completa e acessível é direito do cidadão e, de modo geral, não tem sido observada pela legislação que trata do meio ambiente no Brasil. É imperioso estabelecer novas políticas de informação para aumentar a abertura e a transparência do Poder Público por meio do acesso irrestrito e da divulgação ampla e livre da informação ambiental. A ideia central é a de que os governos federal, estadual e municipal devem ser abertos, acessíveis e transparentes para os governados em todas as searas, especialmente, a ambiental.

---

17 A Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011, veio à lume para fixar “normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981”.



## 4. ÁREAS PROTEGIDAS ESTADUAIS: O EXEMPLO DE SÃO PAULO

No Estado de São Paulo, a Lei 9.866, de 28 de novembro de 1997<sup>18</sup>, trata das diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado, criando a “Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais - APRM uma ou mais sub-bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional para abastecimento público”, consoante artigo 3º.

Os mananciais são as águas interiores subterrâneas, superficiais, fluentes, emergentes ou em depósito, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento público, ou seja, humano, animal, industrial e agrícola.

O propósito das Áreas de Preservação dos Mananciais é o estabelecimento de *espaços especialmente protegidos* para garantia do fornecimento hídrico à sociedade, mediante o estabelecimento de uma série de limitações administrativas aos proprietários atingidos pela demarcação. De modo geral, essas áreas englobarão, também, as Áreas de Preservação Permanente que circundam os rios e outros cursos d’água, porém são bem mais abrangentes, porquanto visam a resguardar reservas hídricas, mediante preservação dos ecossistemas paulistas.

No artigo 18, temos que as “APRMs, suas Áreas de Intervenção e respectivas diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional serão criadas através de lei estadual”, obrigando a gênese de leis municipais de “planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, previstas no Artigo 30 da Constituição Federal”, as quais deverão incorporar “as diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse para a preservação, conservação e recuperação dos mananciais definidas pela lei específica da APRM”, consoante artigo 19.

E para garantia dessas obrigações, o “Poder Executivo Municipal deverá submeter ao órgão colegiado da APRM as propostas de leis

<sup>18</sup> Fonte: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1997/lei-9866-28.11.1997.html> Acesso em 13 de fev. 2020.

municipais a que se refere o ‘caput’ deste artigo”, consoante parágrafo único do artigo 19.

Assim, as áreas de mananciais contam com dupla proteção, da Lei estadual e do órgão colegiado, que deverá apreciar as propostas de futuras leis municipais no Estado de São Paulo.

Até aqui nada que a diferencie de outras normas que estabelecem espaços especialmente protegidos. Entretanto, a Lei paulista trouxe uma eficaz *interação* com o Registro de Imóveis:

**Artigo 28 - O licenciamento de construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos, usos e atividades em APRMs por qualquer órgão público estadual ou municipal **dependerá de apresentação prévia de certidão do registro de imóvel que mencione a averbação das restrições estabelecidas nas leis específicas para cada APRM.****

§ 1.º - As certidões de matrícula ou registro que forem expedidas pelos Cartórios de Registro de Imóveis deverão conter, expressamente, as restrições ambientais que incidem sobre a área objeto da matrícula ou registro, sob pena de responsabilidade funcional do servidor.

§ 2.º - **A lei específica de cada APRM deverá indicar o órgão da administração pública responsável pela expedição de certidão que aponte as restrições a serem averbadas.**

§ 3.º - **Caberá ao órgão público normalizador de cada lei específica da APRM comunicar aos respectivos Cartórios de Registro de Imóveis as restrições contidas em cada lei.** (Grifos nossos).

Perfeito! A lei que criar a APRM (1) já indicará o órgão que expedirá as certidões com as restrições ao direito de propriedade das áreas abrangidas, bem como (2) comunicará ao Registro de Imóveis as respectivas limitações a serem averbadas nas matrículas das propriedades.

Esses são os três passos básicos e necessários para a eficácia de qualquer legislação ambiental:

- 1) definição do órgão administrativo que expedirá as certidões noticiando as restrições ambientais (princípio da informação ambiental);
- 2) definição das propriedades que sofrerão as limitações ambientais (princípio da especialidade registral); e
- 3) definição do órgão administrativo que oficiará ao Registro de Imóveis competente (princípio da territorialidade), o qual fará a inscrição do título nas matrículas.

De fato, poderá haver alguma dificuldade na localização exata das áreas e sua titulação, porém o órgão responsável poderá agendar encontros com os registradores locais para estabelecer a melhor forma de especialização das propriedades, realizando-se com isso os princípios ambientais da *obrigatoriedade de intervenção do Poder Público, da informação e da publicidade*.

De forma diversa ocorreu no Estado de Santa Catarina, onde temos a Lei 17.766, de 13 de agosto de 2019, que estabelece as diretrizes para as atividades impactantes ao meio ambiente, “mediante combate preventivo e controle da poluição, conservação da natureza e dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações”.<sup>19</sup>

A Lei catarinense proibiu a exploração e a produção de óleo e gás de xisto, pelos métodos de fratura hidráulica e de mineração convencional, “com retortagem e pirólise ou outros métodos que possuam riscos efetivos ou potenciais de danos a estes atributos” (no artigo 2º), bem como criou áreas de proteção especial:

Art. 3º A legislação estadual ou municipal, poderá em acréscimo às restrições estabelecidas pelo art. 2º desta Lei, desde logo, especificar **áreas de proteção especial, nas quais ficam, de pleno direito, imediatamente, vedadas as atividades mencionadas no art. 2º desta Lei**, sem prejuízo de serem reconhecidas outras áreas ainda não especificadas nas quais são vedadas estas atividades. (Negrito nosso)

<sup>19</sup> Fonte: [http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/17766\\_2019\\_lei.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2019/17766_2019_lei.html) > Acesso em 12 de fev. de 2020.

Da leitura dos sete artigos da norma catarinense, denota-se, uma vez mais, que o legislador ambiental se contentou com a publicidade meramente formal, decorrente da publicação da lei na imprensa oficial, sem atentar que o Registro de Imóveis deve ser utilizado como ferramenta de publicidade concreta, pois confere maior eficácia à criação das áreas de proteção ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Registro de Imóveis é o berço de todas as informações relevantes sobre a propriedade imobiliária, gerando segurança e confiabilidade para a população. Graças ao princípio da publicidade, qualquer pessoa pode requerer, sem necessitar de justificativa, informações que estejam guardadas na serventia a respeito da situação de um bem lá matriculado, operando-se uma acessibilidade e transparência irrestritas. Assim, a certidão imobiliária necessita espelhar todos os dados relevantes do imóvel, tais como a descrição do bem, com seus limites e suas confrontações, o titular do domínio, a cadeia sucessória, a existência de ônus reais ou pessoais e, especialmente, as informações ambientais relevantes que gravam o bem de raiz.

Apesar da sua importância para a sociedade e para a eficácia do Direito do Ambiente, os elementos informativos que importam para a defesa, preservação e recuperação da natureza raramente se encontram contemplados no Registro de Imóveis. A efetividade das normas ambientais se esvai por completo quando não há a inscrição de seus efeitos na matrícula.

Na legislação brasileira, destacam-se, além das Unidades de Conservação, outras áreas que apresentam características especiais que devem ser preservadas. A sua gênese se dá, em geral, por leis ordinárias em virtude de diversos fatores além da preservação ambiental, tais como a necessidade de zoneamento urbano, de regramento próprio para os loteamentos, da função social pela regularização fundiária etc.

Assim, são de extrema importância as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal, previstas no Código Florestal (Lei 12.651/2012); as áreas impedidas de serem loteadas, conforme a Lei de Parcelamento do Solo Ur-

bano - Lei 6.766/1979; as diretrizes e proibições fixadas no Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e nos Planos Diretores dos Municípios, entre outras normas de regulação do espaço territorial.

A publicidade conferida pelo registro público, seja das posturas urbanísticas, seja das agrárias, seja das ambientais, proporciona um controle de legalidade muito mais atualizado e presente, porque já se inicia no Registro de Imóveis, pela atividade fiscalizadora de qualificação dos títulos apresentados ao registrador. Ou seja, de longa data a serventia faz parte de uma rede de proteção estatal, merecendo expandir seus horizontes para maior eficácia do Direito do Ambiente.

Nesse sentido, observamos na legislação a ausência de interação com o Registro de Imóveis, pois faltam dispositivos legais no sentido de impor a obrigação de comunicar-se a criação de áreas protegidas às serventias imobiliárias. Tal falta resulta em menor eficácia ao Direito Ambiental nesse tema, uma vez que os órgãos administrativos não agem no silêncio da Lei. E esta conclusão vale para todos os institutos ambientais assemelhados.

É de se destacar que uma norma de Direito Agrário, tal como a Lei 4.947/1966, traz essa afinidade entre um órgão administrativo e o Registro de Imóveis, estabelecendo a obrigação de se encaminhar ao INCRA, mensalmente, as modificações ocorridas nas matrículas imobiliárias decorrentes de mudanças de titularidade, parcelamento, desmembramento, loteamento, remembramento, retificação de área, *reserva legal e particular do patrimônio natural e outras limitações e restrições de caráter ambiental*, envolvendo os imóveis rurais.

Assim, chega-se à conclusão de que o problema das leis de índole protetiva é a ausência da obrigação de que as restrições ambientais, nelas contempladas e previstas, sejam averbadas nas matrículas: a ineficácia da lei ambiental decorre da falta de interação com o Registro de Imóveis.

Dessa forma, propõe-se neste trabalho que a legislação que pretenda criar áreas protegidas ou assemelhadas, de qualquer feição ou matiz, necessita observar três passos básicos e obrigatórios para a sua eficácia social:

- 1) a definição do órgão administrativo que expedirá as certidões informando as restrições ambientais;
- 2) a definição das propriedades que sofrerão as limitações ambientais; e
- 3) a definição do órgão administrativo que officiará ao Registro de Imóveis competente, o qual fará a inscrição do título nas matrículas.

Não basta que os institutos criados pelo Direito Ambiental existam apenas no campo das boas ideias ou no papel das Leis, eles necessitam ter vida real e, esta, somente é possível com a sua inscrição nas matrículas guardadas no Registro de Imóveis.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. **Propriedade urbanística e edificabilidade**: o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca das cidades sustentáveis. Curitiba: Juruá, 2012.

BITTERLICH, Pedro Fernández. **Manual de derecho ambiental chileno**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2005.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Propriedade imobiliária**: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GONZÁLES, Fernando P. Mendez. Estado, propiedad, mercado. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (orgs.). **Registro imobiliário**: temas atuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRIGARAVICIUS, María Delia Pereiro de. **Daño ambiental en el medio ambiente urbano**: un nuevo fenómeno económico en el siglo XXI. Buenos Aires: La Ley S.A, 2001.

HAWKEN, Paul. **The ecology of commerce**: a declaration of sustainability. New York: Harpen Business, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 25 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MÁÑEZ, José Luis Salazar. Meio ambiente e Registro de Imóveis, uma interação mútua: o direito de acesso à informação ambiental e em apoio à sustentabilidade. In: **Registro de Imóveis e meio ambiente**. JACOMINO, Sérgio; MELO, Marcelo Augusto Santana; CRIADO, Francisco de Asís Palacios (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Curso de direito agrário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **A dúvida na nova lei de registros públicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

WEINBERG, Philip; REILLY, Kevin A. **Understanding environmental law**. Danvers: LexisNexis, 2008.

WOLF, Susan; WHITE, Anna. **Principles of environmental law**. Second Edition. London: Cavendish Publishing Limited, 1997.



# A CONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES EM FACE DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ:

Uma Análise do Microsistema de Resolução de Demandas Repetitivas do CPC

## Felipe Santana Mariz Nogueira

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco; Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pela ESA-Faculdade Joaquim Nabuco; Professor da Pós-Graduação em Gestão Pública e Social da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR; Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR; Oficial de Justiça Avaliador da Justiça do Trabalho.

## Bruna Wieczorek Terra

Acadêmica de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR

## Gabriel Alves Benvindo

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR

## Pablo Ruan Leandro da Silva

Acadêmico de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR

Recebido em: 07/11/2019

Aprovado em: 21/01/2021 e 29/01/2021

RESUMO: O presente artigo busca apresentar uma explanação acerca dos sistemas *civil law* e *common law*, além de discorrer sobre

o microsistema de resolução de demandas repetitivas e a influência dos precedentes dentro deste. O objetivo é discorrer a respeito da aplicação dos precedentes dentro do sistema de demandas repetitivas e analisar a sua constitucionalidade. É um trabalho desenvolvido por meio de pesquisa qualitativa, utilizando-se de referências bibliográficas, análise de doutrinas e jurisprudência. Apresenta-se uma discussão sobre os aspectos da constitucionalidade dos precedentes e as suas influências no microsistema de demandas repetitivas do CPC, abordando os entendimentos doutrinários acerca da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Common Law*. *Civil Law*. Direito Processual Civil. Precedentes. Constitucionalidade.

**ABSTRACT:** This article seeks to present an explanation of the civil law and common law systems, in addition to discussing the microsystem for solving repetitive demands and the influence of precedents within it. The objective is to discuss the application of precedents within the system of repetitive demands and to analyze their constitutionality. It is a work developed through qualitative research, using bibliographic references, analysis of doctrines and jurisprudence. It presents a discussion on the constitutionality aspects of the precedents and their influences on the microsystem of repetitive demands of the CPC, addressing the doctrinal understandings about the subject.

**KEYWORDS:** *Common Law*. *Civil Law*. Brazilian Civil Procedural. Precedents. Constitutionality.

## INTRODUÇÃO

O sistema de precedentes origina-se do sistema jurídico *common law*, modelo jurídico originado e utilizado nos países de origem anglo-saxônica, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América. Sua origem ocorreu na Inglaterra, a qual possuiu quatro fases: a conquista normanda de 1066; o período até a dinastia dos Tudor em 1845; a *equity*; a lei de organização do judiciário de 1873. No *common law*, não há uma busca incessante pela

codificação de diplomas legais, porque o direito, necessariamente, é criado pelos tribunais.

No Direito brasileiro, há a presença do sistema *civil law*. Nele, existe uma ampla codificação legal, onde o direito é majoritariamente criado pelas leis. Esse sistema encontra raízes no Direito romano e nas influências do Positivismo oriundo da Revolução Francesa. Ademais, o Direito brasileiro também sofreu algumas influências do Direito alemão. Entretanto, há certo tempo, o Direito brasileiro vem sofrendo influências do *common law*, culminando na adoção do sistema de precedentes, sendo o maior exemplo o sistema criado pelo Novo Código de Processo Civil, que atribuiu caráter de precedentes obrigatórios a certos institutos jurídicos processuais.

Os tribunais dos países anglo-saxões se utilizam dos precedentes para resolverem os casos concretos. Os precedentes se apresentam como um instituto processual e, ao mesmo tempo, como fonte de direito material, podendo ser conceituados como uma decisão tomada em um caso concreto que será aplicada aos casos semelhantes futuros. Além disso, os precedentes podem ser classificados em persuasivos, facultativos e obrigatórios, sendo estes últimos o objeto deste estudo. Quando se estabelece o precedente, é extraído dele a *Ratio Decidendi* (a razão de decidir), sendo a norma jurídica que tem relevância para o direito.

Portanto, para o presente estudo, é necessário discorrer a respeito da linguagem própria dos precedentes e sobre as suas influências no CPC/15, especificamente no microsistema de resolução de demandas repetitivas que é o objeto deste estudo, além de analisar os aspectos da constitucionalidade da obrigatoriedade dos precedentes no microsistema, apresentando entendimentos doutrinários.

## **1. INTRODUÇÃO AO SISTEMA DE PRECEDENTES E SUAS TRADIÇÕES**

Quando analisadas as inúmeras sociedades existentes no seu cotidiano, é possível perceber que estas vão apresentando um conjunto de normas

que as distingue uma das outras, sendo que em algumas há pontos semelhantes, e em outras nem tanto. Estamos diante de sistemas jurídicos próprios, os quais são utilizados para regular o convívio em sociedade, trazendo consigo diversas peculiaridades, uma vez que o direito é forjado a partir da cultura que o condiciona.

Embora tenham sido mencionadas as diferenças passíveis de existirem em cada grupo de normas, que são aplicadas em seus sistemas próprios, é de se notar a existência de características comuns que funcionam em vários sistemas distintos, os quais foram denominados de tradições jurídicas pelo autor Lucas Buri de Macêdo.

Mesmo tendo em mente a natural diferença entre os diversos sistemas jurídicos, é de se notar que, por outro lado, é bem possível identificar características comuns no funcionamento de tais sistemas, permitindo agrupá-los no que será chamado, nesse trabalho, de tradições jurídicas. As tradições jurídicas são, então, conceitos úteis para operar em abstrato com diversos sistemas jurídicos, a partir de dados comuns ou bastante semelhantes. (MACÊDO, 2019, p. 35)

É possível, através desse conceito, identificar várias tradições jurídicas, de acordo com os critérios utilizados para diferenciá-las. O autor Lucas Buri, em seu livro *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*, trouxe alguns elementos para distingui-las, como: formação e influência histórica; teoria e estruturação das fontes do direito; metodologia dominante do raciocínio jurídico; os princípios estruturais do sistema, tanto jurídicos como os filosóficos, políticos e econômicos; utilização de conceitos específicos.

Tendo o *common law* e *civil law* como as mais significativas divisões quando falamos em Direito ocidental, ambas são as que mais possuem influência sendo predominantes, por isso serão tratadas nos tópicos a seguir.

## 1.1 *Civil Law*

Buscando entender melhor a tradição de *civil law*, se faz necessário fazer referência à antiguidade, em especial ao Direito romano, pois neste

contém os seus fundamentos, logo, nota-se no próprio nome a ela atribuído, o qual deriva do *jus civil*, que possui procedência do Direito Civil da república romana e do império romano.

Ainda sobre o nascimento da tradição de *civil law*, temos duas correntes, a primeira define o início como sendo em Roma, com o corpus *Iuris Civilis* de Justiniano, precursor das codificações que vieram a ser aplicadas na Europa por vários períodos posteriores. A outra corrente define a origem da tradição como sendo o início das universidades no continente, entre elas a Universidade de Bologna, no século XI, que foi a primeira de muitas outras universidades na Europa, as quais se propuseram a serem os centros difusores de cultura e do pensamento científico.

Sendo assim, temos como base dessa tradição a tripartição de poderes desenvolvida por Montesquieu, conforme estabelece Lucas Buril de Macêdo.

Analisar-se-á, neste ponto, os “sintomas” desta tradição: uma rígida tripartição de poderes; função e o valor dos juízes e dos legisladores; as fontes do direito; a configuração do direito como ciência e o papel da doutrina; as categorias legais e o raciocínio jurídico; a divisão entre direito público e direito privado; e a divisão da “jurisdição” em ordinário e administrativa. Todas estas características se inter-relacionam, constituindo o todo que se entende como a clássica tradição de *civil law*.

Muito embora elas sejam atribuídas à sua configuração, é notável que muitas destas características clássicas já não são preponderantes ou mesmo existentes em vários ou mesmo na maioria dos sistemas desta tradição. (Ibidem, 2019, p. 42).

O sistema *civil law* emana forte influência no Direito brasileiro, tendo em vista que a nossa concepção jurídica é pautada, majoritariamente, nos costumes e legislações provenientes do Império Romano, especialmente no Direito Civil.

## 1.2 Common Law

Quanto ao *common law*, o presente sistema apresenta suas distinções, quando comparado ao *civil law*, já mesmo no seu contexto histórico, pois este passou por duas rupturas na história para sua caracterização, enquanto a tradição de *common law* é marcada pela sua continuidade, ou seja, temos uma elevação do grau como uma constância, como elemento histórico. Tal evolução é especialmente atribuída ao Direito inglês, o qual representou solitariamente essa tradição até o século XVIII.

Nos países em que se predomina o *common law*, existe uma diferença ao encarar a separação dos poderes, pois na tripartição de poderes, não há essa preocupação de estabelecer as atividades típicas e atípicas de cada poder, mas sim de determinar uma coordenação em suas funções utilizando-se do conceito dos freios e contrapesos. Realmente a construção de funções típicas governamentais nos países dessa tradição tem nascimento na especialização, que deita raízes em preocupações pragmáticas, ou seja, não há uma preocupação teórica com a legitimidade de determinado braço estatal. A construção das ramificações de funções estatais em diferentes órgãos foi realizada com a intenção de melhorar a eficiência dessas funções, e não propriamente de conter grupos sociais ou políticos.

## 1.3 A Formação da Doutrina do *Stare Decisis*

A ideia de seguir precedentes, fundada com base nos casos iguais, devendo estes ser resolvidos de forma semelhante, é comum quando tratamos da tradição jurídica ocidental em geral, pois propicia a segurança jurídica e a igualdade de tratamento, permitindo uma melhor eficiência dos serviços prestados, além de estar ligado diretamente com o prestígio que é dado aos tribunais superiores.

Logo, no que tange aos sistemas de tradição de *common law*, estamos diante de uma doutrina com precedentes vinculantes, ou seja, os julgadores ficam vinculados às normas de precedentes judiciais devendo ser aplicadas

nos casos semelhantes. Diante disso, ao analisar a concepção da doutrina *stare decisis*, a qual deriva da redução *stare decisis et non quieta movere*, demonstra-se a obrigatoriedade de o juiz solucionar casos análogos de forma a não se desviar da solução empregada a um outro caso semelhante, mesmo que porventura o juiz do caso tenha um entendimento divergente da que foi empregada.

É comum que sejam empregados ao sistema de tradição *common law*, de forma até habitual, os precedentes obrigatórios como sua característica, porém *stare decisis* nem sempre esteve presente nessa tradição, já que grande parte da história do *common law* foi marcada pela ausência da doutrina de vinculações aos precedentes.

Quando analisamos a história, nota-se que o *common law* sempre resistiu aos precedentes em um determinado grau, onde não havia necessariamente sua vinculação para os demais julgadores, o que ocorria era uma obrigação por parte dos julgadores, quando existia alguma lacuna nas normas jurídicas ou *preocupação* com a segurança e uniformidade da jurisprudência, ou seja, os precedentes eram uma simples prática comum utilizada.

Os precedentes eram enxergados como parte da experiência e, como tal, utilizados largamente na fundamentação de outras decisões, mas de modo algum eram reconhecidos como vinculantes e, muito menos, inalteráveis. Era possível, portanto, que o julgador dissentisse do precedente e julgasse em sentido contrário. É, sobre o assunto interessante e esclarecedor o resgate histórico realizado por Theodore Plucknett. (MACÊDO, 2019, p. 59).

Compondo a teoria geral do direito, os precedentes são noções fundamentais, os quais possuem relação com o próprio fundamento dos sistemas jurídicos, bem como a teoria das fontes normativas, pois todo sistema jurídico traz consigo sua tradição de precedentes em uma determinada medida, possuindo as tomadas de decisões resolutivas, em que os casos concretos formam a base fundamental, compondo assim a experiência jurídica necessária.

Por mais que a tradição da doutrina do *stare decisis* não seja reconhecida, isso não impede a existência e tampouco a utilização dos precedentes. O que muda na sua adoção está na forma e na importância que será dada pelo sistema jurídico.

Para a necessidade de se manter decisões racionais e justificadas, se faz necessária a utilização dos precedentes do direito. O autor Lucas Buril busca de forma geral conceituar os precedentes como “um evento passado que serve como um guia para a ação presente”.

Para o direito, os precedentes, mais propriamente os judiciais, são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. São, do ponto de vista prático, decisões anteriores que servem como ponto de partida ou modelo para as decisões subsequentes. Nesse sentido o precedente judicial abarca toda a decisão - relatório, fundamentos e dispositivo -, não discriminando as parcelas mais importantes para a concretização do direito. (Ibidem, 2019, p. 78)

Diante disso, percebe-se que os precedentes também compõem uma das fontes do direito, logo que, a partir dos trabalhos realizados pelos juízes subsequentes, nasce uma norma geral, temos um instrumento com poder de criar normas a partir do exercício da jurisdição.

A argumentação a partir dos precedentes é representada, basicamente, da seguinte forma: o tratamento anterior do acontecimento X da forma Y constitui uma razão para que fatos similares a X, caso ocorram, sejam tratados também da forma Y. Decidir que algo deve ser feito da mesma forma que fora feito anteriormente em uma situação semelhante tem fundamento em razões de igualdade, eficiência e imparcialidade. (Ibidem, 2019, p. 78).

Portanto, a utilização dos precedentes contribui, de forma geral, para uma maior estabilidade do sistema jurídico como um todo, tendo em vista que cria uma norma comum aos casos semelhantes, se utilizando do instituto de vinculação dos juízes, *stare decisis*, fundamentando-se em alguns



preceitos dos direitos fundamentais, como os citados anteriormente: igualdade e o devido processo legal.

## **2. INFLUÊNCIAS DO PRECEDENTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O MICROSSISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS**

A aplicação dos precedentes no Direito brasileiro possui contornos específicos, de forma que se difere em certas características do *common law*. Um dos contrapontos é que os tribunais brasileiros não estão obrigados a criarem os seus precedentes observando os aspectos culturais e históricos da sociedade.

Outra questão atinente aos precedentes no Direito brasileiro diz respeito à problemática conceitual causada por parte da doutrina processualista, pois se preocupam demasiadamente com o discurso sobre as terminologias, deixando de examinar o instituto como um todo em seus aspectos, conforme assevera (MACÊDO, 2019, p. 98):

“Todavia, diante da relativa novidade da matéria, os processualistas brasileiros, ao versarem sobre os precedentes judiciais e a sua teoria, têm se preocupado, muitas vezes, mais com a diversidade de terminologia do que com a unidade de sentidos. Isto é, a preocupação tem sido mais a de cunhar novos termos, sem qualquer novidade de sentido, e disputar acerca deles, em vez de a compreensão adequada dos precedentes judiciais e a sua aplicação correta.

”

O Novo Código de Processo Civil criou mecanismos que possibilitam a aplicação do sistema de precedentes no Direito Processual Civil, e que revelam uma verdadeira influência do *stare decisis*, pautados na fundamentação da segurança jurídica, igualdade, economia processual, duração razoável do processo, eficiência jurisdicional e na prevenção em evitar entendimentos conflitantes entre os tribunais.

Para que seja possível a correta aplicação do sistema de precedentes no Direito Processual Civil, o Novo CPC, em seu artigo 926, introduziu o dever de uniformização aos tribunais de sua jurisprudência, sendo que

esses “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Nesse sentido, “O Código de Processo Civil de 2015 deu ênfase aos precedentes judiciais, com a positivação de um dever de uniformização, com a manutenção da estabilidade, a prática da coerência e a integridade dos julgamentos, principalmente pelos tribunais” (LEMOS, 2017).

Outra influência diz respeito à obrigatoriedade de observância e aplicação dos precedentes pelos juízes de primeiro grau e os integrantes dos tribunais, sob pena de suas decisões ou acórdãos não serem considerados devidamente fundamentados. Dessa forma, prevê o Código de Processo Civil:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesses dispositivos, está prevista a técnica de *distinguishing*, o processo de distinção entre o precedente invocado e o caso concreto examinado. Esse processo demonstra que os precedentes não são meras invocações de acórdãos ou enunciados de súmulas, mas o introito fático que culminou na elaboração da *ratio decidendi*. Além disso, evidencia-se que o magistrado não está em todo momento adstrito ao precedente, nem que todo precedente é obrigatório.

Como se pode perceber, apesar da noção de obrigatoriedade, os precedentes não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Há muitos casos em que os fatos não guardam relação de semelhança, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Noutros, os fatos podem até guardar similitude, mas as particularidades de cada caso os tornam substancialmente diferentes (DONIZETTI, 2015, p. 30).

O art. 927 do CPC introduz os precedentes considerados obrigatórios, e o seu inciso III prevê que os tribunais devem observar os acórdãos em caso de incidente de assunção de competência ou de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos, dando ênfase ao microsistema que o NCPC modificou ou instituiu para melhor aplicação dos precedentes. Ademais, o art. 926, §2º estatuiu a obrigatoriedade de observação dos precedentes que motivaram a elaboração dos enunciados de súmulas.

Outrossim, o CPC instituiu o que é, provavelmente, a maior influência dos precedentes, um microsistema de criação dos mesmos através dos tribunais nas demandas coletivas, corolário da segurança jurídica e estabilidade das demandas e, além disso, da produtividade, considerando que as demandas processuais no Brasil são volumosas e, na maioria das vezes, repetitivas. Sendo assim, o NCPC criou um sistema de precedentes obrigatórios, aqueles com força vinculante, ou o que pode ser chamado de precedentes qualificados, diferenciando-os, até mesmo, das súmulas, conforme o que se observa no art. 927, II e IV do CPC.

Assim sendo podemos dividir os precedentes no NCPC em duas categorias: vinculantes e não vinculantes (persuasivos). Tomamos como referência para a aludida distinção o cabimento, ou não, da reclamação, prevista nos arts. 988 a 993 do CPC/2015. Trata-se de instituto já previsto na Constituição de 1988, mas que ganhou nova roupagem com o novo Código e passou a ser importante instrumento de manutenção do respeito aos precedentes. (NOGUEIRA, 2015, p. 381-382).

O sistema de demandas coletivas é composto pelo Incidente de Assunção de Competência (art. 947); Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 976 – 987); Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos (art. 1.036 – 1.041); e a Reclamação (art. 988 – 993). É imprescindível tecer considerações acerca de cada um desses institutos.

## 2.1 Incidente de assunção de competência

O art. 947 do CPC estabelece o cabimento desse instituto: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”. O incidente de assunção de competência já estava previsto no art. 555, §1º do CPC/73, porém com uma roupagem mais tímida do que no Código atual, tendo em vista que apenas previa aplicação do incidente nos casos de julgamento de apelação ou agravo.

O referido incidente tem o condão de tornar mais eficaz o dever de uniformização jurisprudencial dos tribunais e trazer maior segurança jurídica, isso também *interna corporis*, tendo em vista que o §4º do art. 947 estabelece que a assunção de competência também atua na prevenção ou composição de divergências entre câmaras ou turmas dos tribunais, quando envolver relevante questão de direito.

O incidente pode ser proposto de ofício pelo relator, pelas partes ou Ministério Público, a teor do §1º. Outro fator importante é que o acórdão proferido na resolução do incidente possui força vinculante entre todos os juízes subordinados e órgãos fracionários dos tribunais. Isso revela a força do precedente presente no incidente, entretanto o mesmo parágrafo prevê que existe uma exceção no caso de revisão de tese, revelando a técnica de superação dos precedentes: *distinguishe e overruling*.

Porém, a assunção de competência somente será julgada se houver interesse público reconhecido pelo órgão colegiado. Caso haja repetição em múltiplos processos, será cabível o incidente de resolução de demandas repetitivas.

## 2.2 Incidente de resolução de demandas repetitivas

Esse incidente tem suas origens no Direito alemão, que constitui inspiração dos juristas ao elaborarem o Novo Código de Processo Civil, sendo

denominado no sistema germânico de *Musterverfahren*, que foi incorporado à legislação alemã através da Lei de Introdução do Procedimento – Modelo para os Investidores de Mercados de Capitais. Mas anteriormente, a Justiça Alemã havia incorporado a prática de julgamento de casos repetitivos. Ademais, também há uma influência da GLO – *Group Litigation Order* – do Direito anglo-saxão, que constitui uma espécie de julgamento de demandas coletivas (Clazer, 2015): “Conforme consta na própria Exposição de Motivos do novo CPC, o instrumento processual objeto deste estudo tem sua gênese no direito alemão, sendo lá denominado de *Musterverfahren*”.

O IRDR (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) está previsto no art. 976 do CPC.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O objetivo do IRDR não é solucionar uma questão individual, tendo em vista que trata de repetição de múltiplos processos, mas criar uma decisão modelo para todos os processos que versem sobre questões semelhantes. Pode-se sustentar que tanto o IRDR quanto o procedimento alemão possuem natureza de processo objetivo (RODRIGUES, 2011). Entretanto, há uma discussão doutrinária acerca de sua natureza, se é procedimento-modelo ou causa-piloto.

Quanto aos requisitos, em relação à mesma questão unicamente de direito, essa pode ser tanto sobre direito material quanto processual. O risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica é verdadeiro motivo que justifica a atenção que o NCPC trouxe ao instituto, justamente pela segurança jurídica das demandas e isonomia das decisões emanadas, evitando contradições.

Segundo o art. 977 do CPC/15, o incidente é suscitado por petição ou pelo juiz, ou relator, ao presidente do tribunal. Porém, uma vez satisfeitos os requisitos do art. 976, o relator do incidente mandará suspender os processos pendentes que estejam tramitando na territorialidade de competência do tribunal, isso de acordo com o art. 982 do CPC, além de poder requerer informações a órgãos em que tramitem os processos em que se discute o incidente. A instauração e o julgamento do incidente serão motivos de ampla publicidade, conforme dispõe o Código de Processo Civil (Art. 979): “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. É imprescindível que as demandas estejam nos tribunais, sendo requisito para a instauração do IRDR, caso contrário seria uma hipótese de avocação.

O art. 982 do CPC diz respeito ao alcance dos efeitos da suspensão dos processos, que poderá ser admitido pelo relator, mandando sustar o andamento dos processos que tramitam no Estado, região ou em âmbito nacional, de acordo com a competência territorial do órgão.

O §3º do art. 982 menciona o requerimento de suspensão no caso de interposição de recurso extraordinário ou especial, mas requerido ao tribunal competente com atuação em todo o território nacional, que por disposição constitucional se trata do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Porém, há uma limitação ao IRDR prevista no art. 976, §4º quanto aos limites hierárquicos constitucionais, pois esse não permite o cabimento do incidente se algum dos tribunais superiores já tiver admitido recurso repetitivo sobre questões idênticas à matéria discutida. Tal limitação se justifica pelo fato de que o NCPC estabeleceu uma hierarquia de qualificação dos precedentes, pois aqueles emanados dos tribunais superiores possuem maior importância e abrangência.

Outra hipótese de abrangência nacional é o julgamento de recurso especial ou extraordinário relativo ao mérito do incidente, sendo que a tese adotada pelos tribunais superiores será aplicada em todo o território nacional nos processos individuais ou coletivos que versem sobre questões idênticas, conforme o art. 987, §2º do CPC.

O caráter de precedente do IRDR está explicitado no art. 985, II, onde é reconhecida a aplicação do preceito aos casos futuros, evidenciando-se uma das funções tradicionais dos precedentes, que é servir aos casos futuros.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

O art. 986 representa a técnica do *overruling* ou superação, onde a tese fixada pelo tribunal de origem do precedente pode ser revisada, mediante requerimento ou de ofício. Entretanto, a superação do precedente requer ponderações dos tribunais de forma a não criar instabilidade nas relações jurídicas já consolidadas na vigência do preceito anterior.

### 2.3 Recurso especial e extraordinário repetitivos

Seguindo a mesma sistemática do IRDR, inclusive quanto às suas origens, o Novo CPC introduziu as demandas repetitivas nos recursos especiais e extraordinários, entretanto as questões serão decididas nos tribunais superiores, formando a classe de precedentes mais qualificados do CPC.

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se que os recursos repetitivos têm como requisito a multiplicidade de recursos versando sobre idêntica questão de direito, mas como a sistemática se assemelha ao IRDR, também deve ser entendida como questão de direito material e processual.

Os recursos repetitivos, pela força do art. 1.036, §1º, serão afetados por decisão da presidência dos tribunais regionais ou federais, permanecen-

do os processos sobrestados, e serão encaminhados ao STF ou STJ ao menos dois recursos representativos da controvérsia. Porém, isso não impede que o relator em tribunal superior também selecione outros recursos, a teor dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

As demais regras de julgamento seguem a mesma sistemática do IRDR. Se o relator aceitar a tese de recurso repetitivo, determinará o sobrestamento dos processos nas instâncias inferiores e também poderá requisitar informações às autoridades inferiores. Ademais, o art. 1.038 prevê a possibilidade de consulta a pessoas, entidades e órgãos interessados na controvérsia, considerando a relevância da matéria e a realização de audiência pública.

O §9º do art. 1.037 estabelece a técnica de distinção, prevendo a possibilidade de a parte demonstrar que a discussão do seu processo não versa sobre a controvérsia, requerendo o regular prosseguimento do seu processo.

Os arts. 1.039 e 1.040 estabelecem o caráter de precedente de maior qualificação no Código de Processo Civil, tendo em vista que a tese fixada pelos tribunais superiores enseja negação ao seguimento dos recursos sobrestados nas instâncias inferiores ou o seu provimento, além do reexame de processos de competência originária, remessa necessária e recurso anteriormente julgado.

O sistema de precedentes preocupa-se em dar não só solução uniforme aos casos similares, mas especialmente com a redução do trabalho dos juízes quando a matéria de direito já foi decidida pela corte superior com competência para dar a última palavra sobre o assunto. A contribuição dos precedentes é, nesse ponto, muito valiosa, especialmente no que toca às demandas repetitivas, impedindo o acesso aos tribunais de maior hierarquia de questões já analisadas e decididas e facilitando a tomada de decisão pelos tribunais e juízes inferiores. (MACÊDO, 2019, p. 136).

Portanto, essa previsão do CPC concorda com um dos objetivos do sistema de precedentes, que é a redução dos trabalhos dos juízes quando a matéria já foi apreciada pelas Cortes Superiores, encontrando maior relevância, justamente, nas demandas repetitivas, encontrando fundamento no princípio da economia processual.



## 2.4 Da reclamação

A reclamação está disposta no art. 988 ao art. 993 do CPC e trata-se de importante instituto processual, pois além de assegurar o cumprimento de questões constitucionais, também assegura a observância dos precedentes obrigatórios estabelecidos no incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, conforme o art. 988, inciso IV. Mas em relação aos recursos repetitivos, cabe o inciso II que visa a garantir a autoridade das decisões do tribunal, porém somente será cabível quando não esgotadas as instâncias ordinárias, conforme o §5º, II.

Portanto, sempre que houver desobediência aos precedentes estabelecidos nos julgamentos de demandas repetitivas, assunção de competência e recursos repetitivos, a parte interessada ou Ministério Público ajuizarão reclamação em qualquer tribunal direcionada ao seu presidente, que cassará a decisão exorbitante de seu julgador ou determinará todas as medidas necessárias à solução da controvérsia, então o presidente determinará o cumprimento imediato da decisão.

## 3. A CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES FACE À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ

A necessidade de uniformizar e criar estabilidade nas decisões judiciais levou o ordenamento jurídico brasileiro, que é um sistema predominantemente *civil law*, a explorar decisões análogas a litígios análogos, modelo característico do sistema *common law*.

Em virtude disso, com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu arcabouço, foi instaurado o sistema de precedentes, o qual vincula as decisões atuais. Contudo, questiona-se se esse sistema não infringe a autonomia e liberdade de decisão do juiz, por deliberar acerca de como deverá ser decidido.

No entanto, o questionamento é incoerente na medida em que os precedentes judiciais fundamentam sua existência em preceitos constitucionais, além de trazer consigo segurança jurídica e estabilidade às decisões.

Nesse viés, a segurança jurídica é tida, conforme nossa Carta Magna, como princípio fundamental, assumindo papel importante em nosso ordenamento jurídico e tornando-se ferramenta para a continuidade, previsibilidade e estabilidade do Direito, aspectos estes inerentes ao próprio sistema.

A continuidade, nessa perspectiva, não significa inalterabilidade, mas está ligada intimamente com a possibilidade de vislumbrar resultados prováveis por uma vertente utilitária coerente já utilizada anteriormente. Quanto à estabilidade, através dela busca-se causar o menor número de danos possíveis, preservando o que já foi decidido em momento anterior. E por fim, quanto à previsibilidade, significa possibilitar ao jurisdicionado ter uma noção futura de como se dará a aplicação do direito.

Portanto, percebe-se que os precedentes judiciais possibilitam originar a confiança justificada dos jurisdicionados de que seus casos serão tratados pelo Judiciário de forma coerente com a sua atuação anterior (MACÊDO, 2019, p. 119).

Quando se compreende os precedentes judiciais como fonte do direito, o magistrado passa a ter o dever de aplicar as normas jurídicas atribuídas a ele (Ibidem, 2019, p. 189). Mas isso de forma alguma infringe a independência funcional do magistrado, pois o seu objetivo é proporcionar um julgamento em consonância com nosso sistema jurídico, e não desprezar uma parte essencial deste sistema, que é o sistema de precedentes.

Melhor dizendo, ao adquirir um sistema de precedentes, o Novo Código de Processo Civil procurou dar segurança jurídica ao jurisdicionado, que terá a certeza de que, havendo diversos casos idênticos ao dele, não receberá uma contraprestação jurisdicional diferente da dispendida a todos os demais (CURY, 2017, p. 13).

Além disso, conforme entendimento de (MACÊDO, 2019, p. 191):

A decisão judicial é resultado do sistema jurídico, não podendo ser atribuída ao sujeito de forma solipsista ou autoritária. Não há autorização para que o magistrado impere no caso como bem en-

tender, como um déspota iluminado, mas apenas para que decida conforme o Direito.

Assim, cabe ao magistrado decidir conforme o ordenamento jurídico vigente, e isso não infringe sua liberdade de decidir, apenas o faz respeitar o sistema jurídico sobre o qual está inserido.

Para finalizar, o sistema de precedentes, criado com o objetivo de uniformizar e estabilizar as decisões de demandas repetitivas, trouxe alguns institutos processuais que também percorrem o crivo da constitucionalidade e compatibilidade do sistema jurídico brasileiro.

O Código de Processo Civil emergiu os precedentes em institutos processuais, como o IRDR (Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas) e os Incidentes de Assunção de Competência e de Recursos Repetitivos, buscando a execução de uma decisão a casos semelhantes.

### **3.1 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é utilizado quando há a existência de vários processos em relação a um conflito semelhante, onde a controvérsia será levada ao tribunal que proferirá uma decisão que abranja a todos os casos repetitivos.

De forma detalhada, Mendes e Temer (2015, p. 04) definem a ocorrência do IRDR, que acontece quando:

Havendo uma questão comum de direito, repetida em diversos processos – individuais ou coletivos –, poderá ser instaurado o incidente, para que, a partir de um ou mais processo(s), seja formado um “modelo” do conflito repetitivo, para que a questão jurídica controvertida seja levada à apreciação do tribunal. O tribunal, por ocasião do julgamento e da definição da tese jurídica aplicável aos casos homogêneos, deverá ouvir amplamente todos os interessados, para que profira decisão completa, que sirva como padrão decisório para os casos repetitivos.

O incidente intenciona a prolação de uma decisão exclusiva que consolide a questão jurídica controvertida em vários processos. Assim, é possível vislumbrar a finalidade do IRDR em proporcionar ao jurisdicionado que, através do tratamento uniforme das questões comuns, a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação (Ibidem, 2018, p. 10).

Nesse viés, tais julgamentos acabam por adquirir natureza híbrida, onde além de gerir e julgar casos repetitivos, é capaz de formar precedentes obrigatórios (DIDIER E CUNHA, 2017, p. 675). Nesse sentido, sua constitucionalidade fundamenta-se em princípios constitucionais fundamentais ao ordenamento jurídico. (TEMER, 2018, p. 11) afirma que:

Os pilares do incidente - que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação - são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a duração razoável do processo.

O princípio constitucional da isonomia se verifica ao passo que através do incidente busca-se tratamento homogêneo para questões comuns. (TEMER, 2018, p.11), com esse entendimento, acrescenta ainda que:

A isonomia está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

Além do princípio constitucional da isonomia, podemos verificar como basilar do IRDR o princípio da duração razoável do processo, acrescentado pela Emenda Constitucional de nº. 45/2004 na Constituição Federal da República Brasileira.

Tal princípio se justifica por permitir a redução do tempo de duração dos processos judiciais, sob duas perspectivas distintas e complementares. A primeira porque reduz o tempo de tramitação do processo, e a segunda por permitir que o órgão julgador se concentre profundamente para re-

solver uma questão e possa utilizá-la para as demais demandas repetitivas. Sem contar a segurança jurídica, com a previsibilidade e uniformidade das decisões, que claramente darão confiança ao jurisdicionado de uma ação correta, célere e isonômica.

### **3.2 Incidente de Assunção de Competência e sua Constitucionalidade**

Verificado anteriormente, os precedentes foram introduzidos no Novo Código de Processo Civil por meio de institutos, a priori foi mencionado sobre o IRDR, agora será tratado do Incidente de Assunção de Competência.

Para Didier e Cunha (2017, p. 758), tal incidente é aplicável quando:

Ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal (CPC, Art. 947, §4º), além de ser admissível quando o julgamento do recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Nessa senda, cabe destacar o artigo 926 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares.

Segundo entendimento (Ibidem, 2017, p. 758), ao prever o Incidente de Assunção de Competência, o Código de Processo Civil põe a sua disposição mecanismos destinados a prevenir e a corrigir divergência jurisprudencial, contribuindo para que os tribunais cumpram o dever de uniformização jurisprudencial. Torna-se notável o objetivo de tal incidente em assegurar a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas.

Ora, sua constitucionalidade se fundamenta igualmente como no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, nos princípios primordiais da segurança jurídica, da isonomia que visa a uniformizar as decisões judiciais e na duração razoável do processo.

### 3.3 Dos Recursos Repetitivos

Os recursos repetitivos foram introduzidos, inicialmente, pela resolução 07 do STJ, e posteriormente substituídos pela Lei 11.672/08 de 09 de maio de 2008.

Após o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.036, foi tratado sobre o assunto dispondo que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem, de maneira adequada, a controvérsia.

Para Ribeiro (2010, p. 03), o que se buscou foi:

Implementar maior celeridade na tramitação dos Recursos Especiais que versem sobre a mesma questão de direito, objetivo este efetivado pela análise de alguns Recursos Especiais, escolhidos como paradigmas, nos quais, após a verificação da questão de direito, será proferida decisão com o intuito de uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, sendo este entendimento aplicado aos demais processos os quais restaram sobrestados nos Tribunais, aguardando o julgamento do ‘Recurso Piloto’.

Nesse sentido, há semelhanças entre os mecanismos que aqui já foram expostos. Para Temer (2018, p. 08), eles possuem em comum:

O fato de que, em vez de seguir o caminho da apreciação e julgamento individual e particularizado de cada um dos conflitos, adotam técnicas que permitem a resolução da questão de forma concentrada, em um ou alguns julgamentos, com a posterior aplicação da decisão aos casos seriados.

Dessa forma, é possível verificar o objetivo precípua de formar precedentes obrigatórios, garantindo direitos constitucionais de um processo isonômico com uniformização das decisões e ainda duração razoável.

O sistema de precedentes e seus institutos, como um todo, fundamentam sua constitucionalidade principalmente no princípio da Segurança Jurídica e no princípio da Igualdade, em que ambos possuem a finalidade de tornar o nosso ordenamento jurídico estável, previsível e assim dar continuidade a ele.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que fora demonstrado no decorrer deste trabalho, depreende-se que os precedentes são de suma importância para o Direito Processual Civil brasileiro, tendo em vista que foram introduzidos para diversas melhorias institucionais e na dinâmica processual.

Os precedentes, em sua aplicabilidade no Direito brasileiro, que é inspirado nos modelos de *civil law* e na combinação do Direito romano com os institutos do Direito germânico, encontram amparo constitucional tendo em vista que procuram dar maior eficácia à duração razoável do processo e à uniformização institucional, causando assim um processo mais justo, unificado, e garantindo melhorias no direito fundamental do acesso à justiça.

Com relação a um dos debates bibliográficos sobre a constitucionalidade dos precedentes em face das garantias institucionais do juiz, verifica-se que os precedentes não ferem o princípio constitucional, tendo em vista que não reduzem a independência funcional do juiz, pois esse não está em todo momento adstrito à vinculação dos precedentes obrigatórios, sendo que há elementos próprios dos mesmos que permitem a sua distinção do caso concreto e a sua superação, podendo o magistrado invocá-los para aplicar o seu entendimento ao caso concreto.

Da mesma forma ocorre com o sistema de precedentes obrigatórios estabelecidos no CPC/2015. A sua constitucionalidade é atestada, tendo em vista que estes visam a garantir maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional e dar maior segurança jurídica na jurisprudência pátria,

prevenindo o sistema institucional de incongruências. Ademais, com a celeridade das demandas, o acesso à justiça se torna mais objetivo e sem entraves, possibilitando um melhor cumprimento da Carta Magna.

## 5. REFERÊNCIAS

Brasil. (16 de Mar de 2015). Lei 13.105/2015, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Acesso em 10 de Jun. de 2019, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 13. Jun. 2019.

CLAZER, Rodrigo da Costa. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo CPC: breves notas**, 2015. Pg. 143-153 Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/91495/2015\\_clazer\\_rodrigo\\_incidente\\_resolucao.pdf?sequence](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/91495/2015_clazer_rodrigo_incidente_resolucao.pdf?sequence). Acesso em: 13. Jun. 2019.

CURY, Myriam Therezinha Simen Rangel. **A Força Vinculativa dos Precedentes no Código de Processo Civil e a Independência Funcional do Magistrado**. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcurso-deespecializacao\\_latosensu/direito\\_processual\\_civil/edicoes/n6\\_2017/pdf/MyriamTherezinhaSimenRangelCury.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcurso-deespecializacao_latosensu/direito_processual_civil/edicoes/n6_2017/pdf/MyriamTherezinhaSimenRangelCury.pdf). Acesso em: 07. Maio. 2019.

DE CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo | vol., v. 243, n. 2015, p. 283-331, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. Salvador. JusPodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 175, 2015. Disponível em: [https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:ZiBQ4ta9GPsJ:scholar.google.com/+A+For%C3%A7a+dos+Precedentes+no+Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil&hl=pt-BR&as\\_sdt=0,5](https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:ZiBQ4ta9GPsJ:scholar.google.com/+A+For%C3%A7a+dos+Precedentes+no+Novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil&hl=pt-BR&as_sdt=0,5). Acesso em: 05. Maio. 2019.



JUNIOR, Fredie Didier e CARNEIRO, Leonardo Carneiro da – Salvador: Juspodivm. 2016. 480p. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**; V. 10/ Coordenação geral, Fredie Didier Jr.

MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. - 3 ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2019. 672 p.

\_\_\_\_\_. **Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano, v. 14, 2010. Disponível em: [HTTP://WWW.ACADEMIA.EDU/DOWNLOAD/748048/OS\\_PRECEDENTES\\_NA\\_DIMENSAO\\_DA\\_SEGURANCA\\_JURIDICA.DOCX](http://WWW.ACADEMIA.EDU/DOWNLOAD/748048/OS_PRECEDENTES_NA_DIMENSAO_DA_SEGURANCA_JURIDICA.DOCX). Acesso em: 13. Jun. 2019.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. **O Novo Código de Processo Civil e o Sistema de Precedentes Judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial**. Revista Brasileira de Direito Processual–RBDPro, Belo Horizonte, ano, v. 22, p. 185-210, 2015. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2015/01/novo-cpc-precedentes-judiciais.pdf>. Acesso em: 07. Maio. 2019.

RIBEIRO, Cristiana Hamdar. **A Lei dos Recursos Repetitivos e os Princípios do Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 5, n. 5, 2010. Pg. 614-700. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23105/16458>. Acesso em: 07. Maio. 2019.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **As Ações-Teste na Alemanha, Inglaterra e Legislação Brasileira Projetada**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 8, n. 8, 2011. Pg. 905-939. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849/15124>. Acesso em: 07. Maio. 2019.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Salvador: JusPodivm, p. 136, 2018.

# QUILOMBOS E A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: RESISTÊNCIA E PRIVILÉGIOS

**Geisiene Souza Silva**

Graduando em Direito da PUC-Goiás.

**Gil César Costa de Paula**

Sociólogo, doutor em Educação, pós-doutorado em Direito, professor do curso de Direito da Escola de Direito e Relações Internacionais da Puc-Goiás, Analista Judiciário do TRT 18 Região, bacharel em Direito, mestre em Direito.

Recebido em: 16/01/2021

Aprovado em: 26/01/2021 e 30/01/2021

**RESUMO:** O artigo aborda questões relativas à formação do Estado brasileiro, sob um viés econômico, compreendendo essa formação a partir da expansão do comércio europeu, considerando a questão racial como central do debate. Localiza a raça e sua classificação, hierarquização e discriminação como fenômenos da modernidade, resultantes das necessidades capitalistas. Faz alguns apontamentos sobre as contradições da temática do patrimonialismo, tentando compreendê-lo como herança portuguesa. Assinala a importância dos quilombos e os desafios na titulação de suas terras na atualidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado, Patrimonialismo, Racismo Estrutural, Quilombo, Capitalismo.

**ABSTRACT:** The article addresses issues related to the formation of the Brazilian State, under an economic bias, comprising this formation from the expansion of European trade, considering the racial issue as central to the debate. It locates race and its classification, hierarchy and discrimination as phenomena of modernity, resulting from capitalist needs. He makes some notes on the contradictions of

the theme of patrimonialism, trying to understand it as a Portuguese heritage. It highlights the importance of quilombos and the challenges in the titling of their lands today.

KEYWORDS: State, Patrimonialism, Structural Racism, Quilombo, Capitalism.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo propõe discutir questões relativas à formação do Estado brasileiro, localizando a questão racial como central dos conflitos, economia e direito do Brasil, especialmente o papel do quilombo frente ao modo de produção escravagista do período colonial. Para Heller, “o político não é estático, mas deve se moldar constantemente de acordo com a realidade social” (BERCOVICCI, p. 91), por isso a relevância do debate público sobre o Estado e a função a ser desempenhada por ele em momentos de crise ou não. Todavia, em tempos de frequentes reformas neoliberais e crises econômicas, sociais e sanitárias, a importância da discussão e produção científica nessa seara é ainda mais acentuada.

As crises exigem intervenções estatais, contudo a intervenção em momentos de instabilidade pode ocorrer em favor dos interesses coletivos, especialmente dos grupos mais fragilizados, ou em defesa do mercado e das elites econômicas. Essas situações possuem condão de expor o compromisso ou descompromisso do país com seu projeto soberano de desenvolvimento. Em países latino-americanos, comumente opta-se por amparar os mercados; Bercovici assegura:

O atual estado do mundo, para Paulo Arantes (In: LOREIRO; LEITE; CEVASCO 2002, p. 51-60), é o estado de sítio. A ditadura política foi substituída com êxito pela ditadura econômica dos mercados. Com as estruturas estatais ameaçadas ou em dissolução, o estado de emergência aparece cada vez mais em primeiro plano e tende a se tornar a regra (2006, p. 95).

A utilização do aparelho jurídico e político do Estado para interesses privados de elites dominantes é usualmente estudada pelo viés culturalista de interpretação brasileiro. O patrimonialismo é explicação recorrente, presente em Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro, Florestan Fernandes, entre outros intelectuais brasileiros. Nesse sentido, este artigo discorrerá sobre a impessoalidade e imparcialidade estatal, com criticidade quanto à relação sobreposta do próprio surgimento do Estado moderno e contemporâneo enquanto pressuposto de existência do capitalismo. O que se propõe são algumas observações sobre a formação do Estado brasileiro, tentando uma abordagem sobre o patrimonialismo e suas imbricações na questão da abolição da escravidão, fazendo um contraponto com a atualidade no que diz respeito às políticas públicas de titulação dos territórios quilombolas.

A compreensão do significado histórico do quilombo é essencial, sobretudo porque as comunidades remanescentes de quilombo parecem ocupar lugar de resistência semelhante ao do passado. Clóvis Moura é referencial para essa discussão pela sua precursão nos estudos da historiografia dos quilombos e percepção de que estes ocuparam lugar de resistência frente ao modo de produção escravista, exportador e irracionalmente exploratório adotado no período colonial, sendo o quilombo organização política com ideais que iam além da libertação individual dos negros escravizados. Na atualidade, muitos são os desafios das comunidades remanescentes de quilombo, notadamente no que diz respeito à titulação de suas terras, prevista no artigo 68 do ADCT, com força constitucional. Segundo dados divulgados pelo INCRA, entre os anos de 2005 e 2018, apenas 125 comunidades foram tituladas, existindo um total de 1.715 processos de titulação em aberto. De acordo com Tárrega:

A Terra de direitos fez uma análise em 2016, segundo a qual, em 5 anos, o orçamento para a regularização dos territórios quilombolas caiu em 97%. Também analisa dados de certificação/titulação, concluindo que nesse ritmo seriam mais de 900 anos para que todas as comunidades já certificadas recebessem seus títulos de propriedade (2018, p. 135).

Para a autora, a ausência de titulação incita recorrentes conflitos dentro de um sistema jurídico que hipervaloriza a propriedade; os números demonstram um aumento da quantidade de quilombolas mortos por conflitos agrários de 350% ao ano (TÁRREGA, 2018, p. 136). Parece que o modelo de produção constituído histórica e culturalmente dessas comunidades estão em contramão com os interesses dos exportadores de *commodities*, o que conduz novamente ao questionamento de como as estruturas estatais são apropriadas para a defesa de interesse privado, deixando de alocar esse problema na agenda governamental de políticas públicas.

Para elaborar tais discussões, este artigo se divide em duas partes. A primeira apresenta apontamentos à sistematicidade do racismo, juntamente com o surgimento do Estado brasileiro, comparando-os com sociedades pré-modernas, a fim de entender esses fenômenos contextualizados temporalmente com as necessidades expansivas do capitalismo. Ainda nessa primeira, parte traz questões relativas ao patrimonialismo nesse contexto. Na segunda parte, oferece questões relativas ao quilombo enquanto resistência histórica e aos desafios para a titulação de suas terras. O tópico subsequente tratará das considerações finais.

Este artigo é parte integrante dos resultados de um plano de trabalho de iniciação científica, cujo principal objetivo é discutir o jogo de interesses presentes na abolição da escravidão no Brasil, investigando a existência e influência de padrões patrimonialistas de organização do poder, que se desenvolveu no bojo do projeto de pesquisa na Pontifícia Universidade Católica de Goiás, coordenado pelo doutor Gil César Costa de Paula: Estado Contemporâneo - Patrimonialismo e Privatização.

## **2. RACISMO ESTRUTURAL, FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A QUESTÃO DO PATRIMONIALISMO**

A raça como elemento de diferenciação entre pessoas é um fenômeno moderno, de meados do século XVI (ALMEIDA, 2019, p. 18), que foi possível graças à mudança ocorrida na leitura do homem no mundo. Se antes ele se sentia parte de uma criação divina ou da natureza, o abandono do

homem medieval teocêntrico permitiu que as pessoas ponderassem sobre sua própria existência de modo independente do sagrado, isto é, movidos pela razão dos Racionalistas. Almeida assegura que a “expansão econômica mercantilista e a descoberta do novo mundo forjaram a base material a partir da qual a cultura renascentista iria refletir sobre a *unidade* e a *multiplicidade da existência humana*” (2019, p. 18).

O homem se torna sujeito e objeto de estudo, “enquanto ser vivo (biologia), que trabalha (economia), pensa (psicologia), e fala (linguística)” (LAPLANTINE, 2012, p. 55). Nesse contexto é que se criam meios de distinção que serviriam para hierarquização e classificação das pessoas, baseadas nos seus fenótipos ou na região em que viviam, culminando no racismo científico, disseminam-se as noções de determinismo biológico e geográfico, “desse modo, a pele não branca e o clima tropical favoreciam o surgimento de *comportamentos imorais, lascivos e violentos*, além de indicarem *pouca inteligência*” (ALMEIDA, 2019, p. 21). Sobre essas bases se estabelecem as revoluções liberais e todo o pensamento do liberalismo, e assim, o pretensioso objetivo de levar a civilização para os primitivos, de acordo com Almeida:

As revoluções inglesas, a americana e a francesa foram o ápice de um processo de reorganização do mundo, de uma longa e brutal transição das sociedades feudais para a sociedade capitalista, em que a composição filosófica do homem universal, dos direitos universais e da razão universal mostrou-se fundamental para a vitória da *civilização*. [...] E foi esse movimento de levar a civilização para onde não existia que redundou em um processo de destruição e morte, de espoliação e aviltamento, feito em nome da *razão* e a que se denominou *colonialismo* (2019, p. 19).

A utilização de características físicas e condições geográficas como meio de explicação das diferenças culturais consagram o homem universal e os ideais da Revolução Francesa, legitimando uma série de violência e exploração do período colonial. Nessa vereda, a Revolução Haitiana protagonizada pelos escravizados de São Domingos é importantíssima na revelação das contradições dessas revoluções burguesas europeias que proclamavam seus ideais de igualdade e liberdade, ao passo que, sob uma lógica

imperial e liberal, submetiam outros territórios de modo violento. Queiroz narra um acontecimento impactante da Revolução Haitiana que dá cabo de tamanha contradição do universalismo europeu iluminista: um rebelde foi capturado e executado poucos dias após a insurreição dos negros na ilha de São Domingos. Ocorre que “quando as tropas revistaram o seu corpo, elas encontraram em um dos seus bolsos panfletos impressos na França com palavras de ordem sobre os direitos do homem e a causa sagrada da revolução” (QUEIROZ, 2017, p. 22).

A Revolução Haitiana é precursora na evidenciação de que os ideais iluministas de liberdade e igualdade não estavam disponíveis para todos, uma vez que o movimento revolucionário no Haiti em 1791 seria visto com temor e suspeita e fortemente combatido. Assim, as aspirações filosóficas de pensar as diferenças na existência humana deixam de ser apenas um campo do conhecimento, tornando-se “uma das tecnologias do colonialismo europeu para a submissão e destruição de populações das Américas, da África, da Ásia e da Oceania” (ALMEIDA, 2019, p. 20).

Infere-se dessa formação de sentido do que é raça na modernidade a afirmação de que o racismo é estrutural, uma vez que é possível perceber a necessidade de classificação e hierarquização das raças para corresponder aos objetivos dos Estados modernos e contemporâneos através de uma sistemática de discriminação. Daí a importância dos estudos que visam a compreender a origem e formação do Estado. Apesar da superação científica do determinismo biológico e geográfico, as consequências e a modificação dos meios utilizados para perpetuar a discriminação causarão influências de caráter permanente. É possível perceber essa atuação em momentos como o neocolonialismo ou a violência policial do século XXI, como evidenciou o movimento Black Lives Matter. Assertiva e necessária é a afirmação de Almeida nesse sentido:

Ainda que hoje seja quase um lugar-comum a afirmação de que a antropologia surgida no início do século XX e a biologia – especialmente a partir do sequenciamento do genoma – tenham há muito demonstrado que não existem diferenças biológicas ou culturais que

justifiquem um tratamento discriminatório entre seres humanos, o fato é que a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar desigualdades e segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários (2019, p. 22).

A naturalização das desigualdades para a manutenção das estruturas sociais e econômicas demonstram o caráter sistêmico do racismo. É oportuno trazer à baila o significado de racismo de acordo com o referencial teórico desta pesquisa no que tange a raça e racismo. Silvio Luiz de Almeida:

[...] racismo é uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam (2019, p. 23).

Se o racismo é sistemático, ele não pode ser meramente individual, isto é, psicológico, e embora as instituições corroborem para sua perpetuação, ele também não pode ser institucional, uma vez que precede a formação das instituições, portanto é estrutural. Na concepção de Almeida, o racismo é decorrente da constituição das relações políticas, jurídicas, econômicas e até familiares. Portanto, para o autor, o racismo deriva da estrutura social, o jeito “normal” que as relações sociais são constituídas. Assim sendo, as formas de manifestação do racismo são reproduções estruturais, o que não exige a responsabilização de práticas omissivas e comissivas de discriminação racial (2019, p. 33-36).

A concepção de Almeida do racismo como estrutural carrega consigo implicações, marcadas e teorizadas pelo próprio autor, por isso, o racismo sendo estrutural, admite-se dizer que raça é uma relação social e que o racismo “sob a perspectiva estrutural, pode ser desdobrado em processo político e processo histórico” (2019, p. 23). Político, pois esse processo sistêmico de discriminação engendrado nas estruturas sociais depende de poder político em duas dimensões, na institucional, através da criação de meio necessários para a incorporação do racismo e da violência sistêmica nas práticas cotidianas, isso na dependência do Estado, e a outra dimensão é a ideológica.



Uma vez que somente o uso da força na política não é capaz de coordenar os comportamentos desejados, é preciso uma unificação ideológica, criando um imaginário “que acentue a unidade social, apesar de fraturas como a divisão de classes, o racismo e o sexismo” (2019, p. 38). Histórico, pois além das formas sociais, depende da formação social de cada sociedade. O autor prova tal afirmação chamando a atenção para o fato de que a classificação racial é diferente a depender do país (vide EUA e Brasil). Isso porque ela variará de acordo com as necessidades apresentadas ao longo da história de formação nacional dos Estados contemporâneos:

Os diferentes processos de formação nacional dos Estados contemporâneos não foram produzidos apenas pelo acaso, mas por projetos políticos. Assim, as classificações raciais tiveram papel importante para definir as hierarquias sociais, a legitimidade na condução do poder estatal e as estratégias econômicas de desenvolvimento (ALMEIDA, 2019, p. 39).

Nesse sentido, são necessários alguns apontamentos sobre a formação do Estado, especialmente sua relação com o capitalismo. Almeida propõe uma interessante análise ao rememorar as sociedades pré-capitalistas com um viés de comparação para que se delineie o caráter imprescindível do Estado Contemporâneo para o capitalismo. Importa a percepção de que nas sociedades pré-capitalistas há uma difusão do poder, isto é, o poder não se encontra centralizado, e sim pertence aos detentores dos meios de produção, de modo que ocorre a sua fragmentação. É o que acontece, por exemplo, na sociedade feudal, em que cada senhor de feudo exerce o poder no alcance de seu domínio. Esse modo de organização impossibilita o capitalismo, haja vista não permitir a formação de mercado ou de competitividade e não possuir a segurança estatal necessária para seu desenvolvimento. Por isso a comparação proposta por Almeida é tão importante, uma vez que o poder precisa estar, ao menos supostamente, centralizado na figura de um Estado impessoal e imparcial. De acordo com o autor:

No capitalismo, a organização política da sociedade não será exercida pelos grandes proprietários ou pelos menos de uma classe, mas

pelo Estado. A sociedade capitalista tem como características fundamental a troca mercantil. Desse modo, a existência da sociedade capitalista depende de que os indivíduos que nela vivem relacionem-se entre si, predominantemente, como livres e iguais (2019, p. 102).

Portanto, dessa perspectiva, caberá ao Estado a garantia da igualdade e da liberdade, sobretudo, da propriedade privada, ao passo que mantenha o equilíbrio social, isto é, contenha as crises por meio da internalização das fricções sociais frente aos múltiplos conflitos de interesses. Ainda nesse viés, Almeida afirma que o Estado manterá a ordem por meio da coação física e do discurso ideológico, tal qual as dimensões do processo político de constituição do racismo estrutural citado no tópico anterior. Assim sendo, a tese do autor reside no fato de que o Estado é forma política necessária para o capitalismo, portanto uma construção, e não um acaso.

O autor ainda chama a atenção para o fato de que nessa forma política de sociabilidade capitalista, existe uma separação simultânea da ligação entre Estado e sociedade. Assim, o Estado contemporâneo surge das estruturas capitalistas ao mesmo tempo em que cria condição de existência de tais estruturas de modo sistêmico. Todavia, Almeida ressalta que “dizer que o Estado é capitalista não é o mesmo que dizer que o Estado se move única e exclusivamente pelos interesses dos detentores de capital” (2019, p. 104).

Bercovicci afirma que a noção de Estado não é a-histórica e universal, ao contrário, é forma política que tem seu surgimento no final da Idade Média no continente europeu (2006, p. 81). O autor, com base em Rosanvallon, assegura que, para compreender a história do Estado, é condição necessária “romper com a visão global do Estado como um bloco unificado, como uma estrutura coerente, que faz com que não percebamos as complexidades da sua estrutura e de seu desenvolvimento histórico” (2006, p. 82). Ainda nessa perspectiva, frente à crise do Estado, é necessária a compreensão de que “a rearticulação do direito público deve se dar em torno de uma renovada Teoria do Estado, com visão de totalidade, capaz de compreender as relações entre a política, a democracia, a soberania, a constituição e o Estado” (2006, p. 98).

Apesar da necessidade de repensar a teoria geral do Estado, dada a dinamização na realidade social, cumpre aqui colocar algumas noções antagônicas, a fim de compreender a historicidade dessa discussão. Na perspectiva liberal, uma concepção individualista, o contrato social é o momento em que se dá a formação do Estado, a união dos indivíduos sob a égide do mesmo ordenamento jurídico, livres e iguais, a fim de organizar-se e estabelecer relações pacíficas. Assim cada um abre mão de parte de sua liberdade, submetendo-se à soberania das normas gerais, a fim de exercê-la com garantia legal de que não será turbado, cabendo às estruturas estatais a garantia de tal pacto. Todavia tal teoria de formação do Estado não responde muitas questões. Afinal, por que grupos minoritários acordam tal contrato que jamais os defenderá? Almeida aponta outros questionamentos que essa teoria, pelo pressuposto meramente ético, tem dificuldade em responder:

Como explicar os Estados abertamente racistas, como a Alemanha nazista, os Estados Unidos até 1963 e a África do Sul durante o regime do Apartheid? Como explicar a persistência do racismo mesmo em Estados que juridicamente condenam o racismo? Como explicar a ação violenta de agentes do Estado e suas práticas sistematicamente orientadas contra grupos raciais? Como é possível considerar como um problema ético, jurídico ou de supremacia branca os milhares de jovens negros assassinados a cada ano no Brasil? (2019, p. 92)

Para Joaquim Hirsch, o Estado é a “condensação material de uma relação social de força”, explica Almeida. O Estado não é instrumento de opressão de classes, ou fruto de um contrato social, ou fruto da vontade popular. Para ele, essas concepções “passeiam entre o idealismo e a simplificação abstrata, não revelam a materialidade do Estado enquanto um complexo de relações sociais e indissociável do movimento da economia” (2019, p. 92). Evidencia-se a necessidade do Estado como forma-política. Isso porque a preservação da unidade e a construção de um imaginário social em que as pessoas estão protegidas pelas estruturas estatais que apesar de todo individualismo e egoísmo social, busca manter a igualdade, a liberdade, a imparcialidade nas resoluções dos conflitos. Hirsch afirma que “a particularidade do modo de socialização capitalista reside na separação

e na simultânea ligação entre ‘Estado e sociedade’, ‘política e economia” (2010, p. 31). Os antagonismos em uma sociedade capitalista geram conflitos inerentes à socialização. Por isso a forma-política de Estado é essencial para a manutenção desse sistema, pois “pressupõe a capacidade do Estado de manter as estruturas socioeconômicas fundamentais e a adaptação do Estado às transformações sociais sem comprometer sua unidade relativa e sua capacidade de garantir a estabilidade política e econômica” (ALMEIDA, 2019, p. 106).

Os intelectuais brasileiros possuem vários vieses de interpretação da formação social do Brasil. Os que mais contribuem dialeticamente para o proposto por este artigo são os vieses culturalista e econômico, portanto os que serão destacados a seguir. Tanto da perspectiva culturalista quanto da perspectiva econômica, compreender o Brasil colônia é preciso, embora difícil. Todavia o viés culturalista, que tem como representantes grandes intérpretes do Brasil, como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, levará em consideração de modo principal as culturas dos povos da colônia, sobretudo o encontro dessas culturas, isto é, a miscigenação. Considerará os traços culturais dos portugueses, africanos e indígenas, de modo a estudar e tentar compreender e explicar a relação estabelecida entre eles na colisão desses povos no trópico brasileiro.

Por outro lado, autores como Caio Prado Jr., Maria Sylvia de Carvalho Franco, e Celso Furtado pensarão a formação do Estado brasileiro sob um viés econômico, cuja principal tese se assenta sob o fato de o Brasil colônia ser fruto da expansão marítima do comércio europeu, e, portanto, correspondente às necessidades capitalistas de uma ordem externa. Nessa perspectiva, os objetivos da colônia e do império, que marcaram perpetuamente o Brasil enquanto república, são internacionais, e por isso estão ligados à correspondência dos interesses capitalistas mercantilistas externos. Desse modo, não se preocupam com o desenvolvimento pleno e a defesa de um projeto soberano do país.

Essa divergência interpretativa é determinante para esta discussão, porque o conceito weberiano de patrimonialismo pressupõe uma pré-mo-

dermidade. Essa pré-modernidade é presente na interpretação culturalista, haja vista que uma das discussões centrais é exatamente como as relações coloniais, as elites tradicionais agrárias retardam a modernização do país, portanto, o desenvolvimento do capitalismo. Todavia o viés econômico de interpretação da formação socioeconômica do Brasil não admite a noção de pré-modernidade, porque o pressuposto teórico é de que o Brasil é formado no capitalismo mercantil, uma vez que a colonização é fruto da expansão comercial europeia, portanto expansão do capitalismo mercantil. Por consequência, a preocupação não reside na transição da tradição para o moderno, dificultando a utilização do conceito patrimonialismo.

A questão colocada por Almeida sobre o Estado na sociedade contemporânea e o capitalismo é relevante para compreender onde originam-se as noções de impessoalidade e imparcialidade do aparelho estatal, que é o centro da discussão patrimonialista. A impessoalidade, suposta, e a intervenção do Estado no mercado são pressupostos de existência do próprio capitalismo, que aliás, é percepção que se estende ao liberalismo, que necessariamente necessita do Estado ao demandar pela intervenção dele. Assim também a questão dos vieses interpretativos da formação do Estado brasileiro é proeminente, no sentido de localizar em que contexto e momentos históricos se discute o patrimonialismo enquanto conceito.

Muitas são as concepções sobre o papel do Estado, assim como, sobre a temática do patrimonialismo, propõe-se uma visão crítica do liberalismo e do neoliberalismo, exatamente pela percepção de que a aderência absoluta a esses regimes políticos ignora que sua própria existência fora condicionada a intervenção estatal, que o mercado tem capacidade de autorregulação e tampouco criou-se naturalmente. Nesse sentido, Polanyi:

Não havia nada de natural em relação ao *laissez-faire*, os mercados livres jamais poderiam funcionar deixando apenas que as coisas seguissem o seu curso. Assim as manufaturas de algodão – a indústria mais importante do livre comércio – foram criadas com a ajuda de tarifas protetoras, de exportações subvencionadas e de subsídios indiretos dos salários, o próprio *laissez-faire* foi imposto pelo Estado (POLANYI, 2000, p.170).

O colapso do liberalismo absoluto foi manifesto, e desde então iniciou-se um esforço para encontrar novos arranjos que abarcassem os interesses em questão, iniciando-se também um período de demanda por direitos sociais. O que ocorre posteriormente ao colapso liberal é o início do Estado Social e seu comprometimento com os direitos sociais na medida em que age ativamente na vida econômica. Sobre o Estado Social, Habermas afirma:

O compromisso do Estado social e a pacificação dos conflitos de classe devem ser obtidos através do poder estatal democraticamente legitimado, que é interposto para o zelo e a moderação do processo natural do desenvolvimento capitalista. O lado substancial do projeto nutre-se dos restos da utopia de uma sociedade do trabalho: como o *status* do trabalhador é normatizado pelo direito civil de participação política e pelo direito de parceria social, a massa da população tem a oportunidade de viver em liberdade, justiça social e crescente prosperidade. Presume-se, com isso, que uma coexistência pacífica entre democracia e capitalismo pode ser assegurada através da intervenção estatal (HABERMAS, 1987, p. 107).

Essas crises e pautas decorrentes do colapso liberal também terão repercussão no Brasil. É evidente que as crises internacionais repercutem de modo ainda mais acentuado em países periféricos na relação econômica centro-periferia. Na perspectiva de Octávio Ianni, “[...] as crises econômicas (ou as crises ao mesmo tempo econômicas e políticas) têm sido acontecimentos importantes para a explicação de por que o Estado passa a desempenhar funções cada vez mais complexas na economia do Brasil (IANNI, 1996, p. 304)”. E considerando a necessidade da intervenção estatal e equívoca divisão entre sociedade e Estado, é que importa o conceito de patrimonialismo.

Com essa mudança de paradigma que decorre da experiência liberal malsucedida, inicia-se a discussão de como deve ser a atuação do Estado, discussão que se ainda permanece no Brasil da redemocratização, sobretudo no campo das políticas públicas, ainda que com uma Constituição cidadã que baliza muitas funções do Estado, o nível de atuação estatal ainda é uma

incógnita. As eleições de 2018 e a força crescente de partidos brasileiros que pregam um liberalismo absoluto demonstram com clareza tal insurgência. Todavia discutir a atuação do Estado exige discutir as características do serviço público, uma vez que o ponto que é indispensável trazer à baila é a dita herança patrimonialista.

Patrimonialismo é um conceito que toma o debate público a partir de Max Weber, encontra-se arrimado na noção de dominação, sobretudo nas razões que legitimam determinado poder e seus respectivos comandos. Esses tipos de dominação são classificados por Weber em racional, tradicional e carismático. De acordo com Portela Júnior, cabe direcionar os esforços na compreensão da dominação tradicional, pois é esse tipo que se relaciona intimamente com o patrimonialismo.

Quando o poder patriarcal exercido no âmbito doméstico, descentraliza-se através de concessões de terras, por exemplo, gerando assim uma dependência patrimonial que permite a extensão do poder do patriarca, inicia-se a formação do patrimonialismo. O aumento da descentralização faz urgir a necessidade de quadro administrativo para lidar com as questões do domínio desse patriarca, uma vez que o complexo de propriedade sob seu mando cresce, gerando demandas numerosas e específicas que extrapolam a capacidade desse senhor. O quadro administrativo é formado pelo mando pessoal e irá se indexar aos pertences pessoais do senhor. Com o tempo, ele se legitimará pelo estereótipo tradicional (PORTELA JÚNIOR, 2012, p. 13-14). Na concepção weberiana:

A dominação patrimonial e especialmente a patrimonial-estamental trata, no caso do tipo puro, igualmente todos os poderes de mando e direitos senhoriais econômicos e as oportunidades econômicas privadas apropriadas. [...] Para nossa terminologia, o decisivo é o fato de que os direitos senhoriais e as correspondentes oportunidades, de todas as espécies, são em princípio tratados da mesma maneira que as oportunidades privadas (WEBER, 2000, p. 155, grifos no original).

Percebe-se, desse modo, que no patrimonialismo a formação dos serviços públicos decorre da descentralização do poder patriarcal, crian-

do a fidelização do servidor àquele que o instituiu. Essa relação se estabelece sob o binômio da tradição e do arbítrio, uma vez que a dominação ocorre pela cristalização da função pela tradição e conjuntamente pelo arbítrio do senhor.

Portela Júnior propõe uma análise do emprego das expressões weberianas na obra de Florestan Fernandes, sobretudo no processo de construção histórica do Brasil Moderno, no que corresponde à transformação do Brasil colonial para Estado nacional. De plano, o autor chama a atenção para o quão problemático essas análises podem ser. A colonização é ponto-chave para muitos intérpretes do Brasil, especialmente no que diz respeito à preservação de um corpo institucional e padrões de organização, isto é, de uma ordem social vigente no Império Português.

Há muitas discussões quanto ao uso do termo patrimonialismo, que conta com ácidas críticas, bem desenvolvidas ou não, sejam críticas no sentido de que não correspondem ao conceito weberiano ou críticas de que maquiam a verdadeira realidade de um Estado capitalista que defende as elites econômicas. O conceito weberiano diz respeito a uma característica estamental que é herdada de um período pré-moderno, por exemplo, quando, na transição de uma sociedade feudal para uma sociedade capitalista mercantil, as estruturas estamentais são mantidas, sobretudo devido à descentralização do poder patriarcal e à cristalização do estamento por meio da tradição, que legitimará o poder de elites dominantes, constituindo barreiras ao desenvolvimento. Considerando o viés econômico de interpretação da formação do Brasil, pode-se dizer que a colonização surge na modernidade, sendo fruto da expansão comercial europeia. A colônia portuguesa na América não possui estruturas pré-modernas, o que não significa dizer que seja um Estado moderno capitalista plenamente desenvolvido. Nesse sentido, ocorre a impossibilidade de utilização do termo *patrimonialismo* do modo originalmente constituído por Weber.

Dadas as divergências quanto à utilização do termo, Portela Júnior, ao analisar o emprego da expressão *patrimonialismo* nas obras de Florestan Fernandes, concluiu que ela possui uma carga descritiva que se conecta ne-



cessariamente à preservação da ordem social do Império Português (2012, p. 18-19). Ponto que supera as críticas do descolamento com o conceito weberiano. Isso porque o uso da expressão não significa a preservação de uma estrutura pré-moderna do Brasil Colônia, e sim a preservação de estruturas pré-modernas conservadas no Império Português e, por seu turno, importadas ao Brasil Colônia. Nesse sentido, Florestan Fernandes assegura:

[S]e tomarmos como ponto de referência teórica as conclusões de M. Weber em seu estudo comparado do patrimonialismo e do feudalismo, o império colonial português da época dos descobrimentos, da expansão marítima e da conquista organizava-se como um complexo Estado patrimonial (Fernandes, 2010, p. 67).

Em primeiro momento, o conceito não é esmiuçado, mas posteriormente Florestan identificará como o modelo de organização de Portugal é conservado em sua colônia na América, através das sesmarias e da formação de poder local, e como isso influenciou na formação de um Estado nacional. As elites agrárias, normalmente detentoras desse poder local, são quem vai se firmar no âmbito da política nacional e se apropriar dos aparelhos estatais. Nesse ponto, é indiferente que o Brasil Colônia já estivesse inserido na modernidade, porque a formação do poder local na colônia se deu nos moldes de estruturas portuguesas.

Percebe-se que o conceito *patrimonialismo* no Brasil possui entornos teóricos próprios, apesar de ser conceito weberiano e estar integralmente ligado a ele. Para Portela Júnior, Florestan Fernandes, apesar das adaptações necessárias, é fiel ao conceito de Weber:

Ao captar a dimensão da burocratização da dominação patrimonialista, que aponta para o caráter não monolítico do Estado brasileiro, ele supera limitações contidas na leitura dominante do conceito (cf. Souza, 2009, p. 84), que subsumem o Estado à sua dimensão patrimonial, praticamente demonizando-o (2012, p. 25).

Embora muitos intérpretes de viés culturalista muitas vezes pequem pelo descolamento da análise econômica, que é imprescindível para com-

preender a formação do Brasil, uma vez que a colonização da América é fruto da expansão marítima do comércio Europeu, o patrimonialismo possui carga descritiva necessária na compreensão do Estado e da gestão pública. Portugal realiza a transição para a modernidade, e suas estruturas patriarcais são preservadas pelo Estado patrimonial, heranças que, no momento (in)devido, serão importadas para o Brasil, que herda a organização estrutural de Portugal, sobretudo com a transferência da Coroa Portuguesa.

### **3. QUILOMBO E A RESISTÊNCIA AO MODO DE PRODUÇÃO BRASILEIRO**

Se a colonização corresponde aos interesses e necessidades expansivas do comércio europeu em um contexto de capitalismo mercantil, a escravidão não é diferente. É necessário pensar a formação socioeconômica do Brasil na perspectiva econômica, cultural e principalmente a questão racial como centro dos conflitos, economia, modo de produção e formação do Brasil.

A formação econômica do Brasil, enquanto colônia portuguesa, está inteiramente baseada na mão de obra escravizada. A colônia portuguesa (Brasil Colônia) foi responsável pela maior absorção do tráfico de negros africanos na América. Em 1819, não havia nenhuma região brasileira que contava com menos de 27% de escravos na demografia de sua população (MOURA, 1993, p. 8-9). De acordo com Clóvis Moura, desde o início do escravismo no Brasil, há a formação de resistência através de guerrilhas, insurreições urbanas, quilombos, entre outros mecanismos que simbolizavam uma luta constante contra o sistema econômico vigente na colônia portuguesa, inclusive o suicídio (1993, p. 10). A enorme proporção de mão de obra escravizada no Brasil colonial reflete a dependência da continuidade do regime escravagista para a manutenção do modo de produção adotado no Brasil Colonial.

Na literatura de Celso Furtado sobre a formação econômica do Brasil, infere-se que a exploração de empresas agrícolas na colônia portuguesa de economia exportadora-escravista poderia ser bem segura e linear graças ao

emprego de mão de obra escravizada. Essa linearidade permitiu que a indústria açucareira perdurasse por três séculos frente a crises internacionais e baixa dos preços do açúcar, uma vez que os gastos permanentes dos donos de engenhos e plantações de cana-de-açúcar eram mínimos, basicamente a manutenção das estruturas e da mão de obra escravizada, que, em tempos de recessão, era poupada ou utilizada em alguma melhoria estrutural das posses desses senhores de escravo. Em apertada síntese, segundo Furtado, a economia exportadora-escravista não permitia uma articulação entre a produção e o consumo. Nesse sistema, a única renda afetada pelo crescimento ou pelo retrocesso é o lucro dos empresários, que estavam sempre seguros, uma vez que a recessão indica a possibilidade de utilização da mão de obra em âmbitos diversos (2001, p. 41-46).

É inegável que a economia colonial foi inteiramente pautada no escravismo, razão pela qual o fim das importações de negros africanos escravizados não era condizente com os interesses da Metrópole ou de qualquer império europeu que se beneficiava comercialmente das empresas agrícolas estabelecidas nas Américas, assim como não era interesse, por óbvio, dos senhores de escravos da colônia portuguesa. Mesmo na era dos direitos individuais, diante da revolução francesa, percebe-se que apenas faz jus aos direitos individuais o indivíduo proprietário. Nessa perspectiva, Tárrega afirma que o direito moderno opera como mecanismo de coerção para a manutenção do escravismo. Mais precisamente:

A noção de sujeito de direito é uma construção histórica do liberalismo, que afere capacidade do sujeito a partir do potencial econômico de circulação de riquezas. Assim, o direito moderno legitimou a hegemonia dos senhores de escravo e a inexistência de direitos aos cativos, mas criou as condições necessárias para a insurgência e o dever de resistência do ser escravizado, no âmbito de sua humanidade prorrogada (2018, p. 122).

Não há que se delongar sobre a relação imbricada do aparelho político e jurídico na manutenção da escravidão e do racismo como meios de concretização dos interesses econômicos que dependem da discriminação

ainda em tempos atuais, uma vez que essa discussão já foi posta anteriormente. Todavia importa compreender a dimensão do que era o escravagismo no contexto econômico e político do Brasil, pois somente entendendo a absorção do negro escravizado na economia brasileira e sua importância no modo de produção adotado na colônia é que se percebe a dimensão de resistência que o quilombo possuía e possui.

Frequentemente, os quilombos são retratados meramente como fuga dos negros escravizados no anseio pela liberdade, de uma perspectiva totalmente individualista. Entretanto, muitos intelectuais chamaram e ainda chamam a atenção para o quilombo como meio de resistência à escravidão criminosa e ao modo de produção devastador na colônia, que talvez se configure como único modelo de agricultura de subsistência que existiu no período colonial. É necessário revisar criticamente grandes nomes da sociologia nacional que contribuíram para uma noção totalmente equivocada de passividade dos negros escravizados, entre eles, alguns dos referenciais teóricos que servem de base para a discussão sobre o patrimonialismo.

O fim da escravidão, sem dúvidas, representa uma ruptura social de extrema importância, se não a mais importante da história do Brasil, afinal assinala uma mudança de modo de produção, de política e de economia, ainda que os problemas resultantes do período não tenham sido resolvidos. A abolição está intimamente ligada aos quilombos e ao movimento ativista negro. O movimento abolicionista, embora importante e composto por pessoas negras, é um movimento localizado na historiografia. Ao contrário do movimento abolicionista, o quilombo é um forte de resistência contra a escravidão e o modo de produção instalado no Brasil permanente, presente desde os primeiros desembarques de negros escravizados na colônia portuguesa.

Clóvis Moura, intelectual de grande relevância na mudança de paradigma conceitual do quilombo na sociologia nacional, no livro *Rebeliões da Senzala*, publicado pela primeira vez em 1959, momento importante do debate intelectual brasileiro, assegurou categoricamente:

O dinamismo da sociedade brasileira, visto do ângulo de devir, teve a grande contribuição do quilombola, dos escravos que se marginalizavam do processo produtivo e se incorporavam às forças negativas do sistema. Desta forma, o escravo fugido ou ativamente rebelde desempenhava um papel que lhe escapava completamente, mas que funcionava como fator de dinamização da sociedade. As formas “extra legais” ou “patológicas” de comportamento do escravo, segundo a sociologia acadêmica serviram para impulsionar a sociedade brasileira em direção a um estágio superior de organização do trabalho. O quilombo era o elemento que, como sujeito do próprio regime escravocrata, negava-o material e socialmente, solapando o tipo de trabalho que assistia e dinamizava a estratificação social existente. Ao fazer isto, sem conscientização embora, criava as premissas para a projeção de um regime novo no qual o trabalho seria exercido pelo homem livre e não era mais simples mercadoria, mas vendedor de uma: sua força de trabalho (1891, p. 247).

Almeida e Vellozo afirmam que a propriedade de escravos era altamente difundida no período imperial, razão pela qual a escravidão era um grande pacto de todos contra os negros escravizados, uma vez que havia o interesse geral na continuidade do regime escravagista (2019, p. 2137-2160). Para os autores, o fato de até mesmo um pobre camponês ter acesso à propriedade de escravos justifica, juntamente com a lógica do favor de Schwarz, a estabilidade da sociedade brasileira oitocentista. Tal estabilidade, devido à “democratização” da propriedade de negros escravizados, só corrobora para o papel nodal da resistência exercida pelos quilombos para a abolição da escravatura e a ruptura mais significativa em termos de modo de produção no Brasil, uma vez que não era interesse social comum o fim do regime.

Todavia a discriminação racial permanece no Brasil do século XXI, racismo esse que, como já posto, é estrutural. Os quilombos, apesar de toda a inclusão como patrimônio histórico e cultural brasileiro, seguem resistindo aos *modi operandi* na produção agrícola brasileira e aos diversos interesses privados que condicionam as políticas públicas de preservação e valorização das comunidades quilombolas. Sem vias de dúvidas, as titulações de ter-

ras pertencentes às comunidades remanescentes de quilombos são um dos maiores desafios nessa história de resistência.

O uso e ocupação do solo é presente em todas as formas de sociedade da história da humanidade. Apesar das frequentes inovações tecnológicas, que modificam a vida e a produção no campo, cada vez mais modernos, a terra ainda possui um valor intrínseco imenso. É na terra que se dá a vida. Através dela é que se constrói a soberania do país e de cada território dentro dele. Nesse sentido, a ocupação por comunidades quilombolas, por sua cultura e tradição de subsistência, localiza-se na contramão dos interesses privados das elites nacionais e internacionais. Uma vez que a universalização e o comércio internacional de *commodities* estão cada vez mais fortes, apesar das mais diversas crises sociais e sanitárias, o quilombo mais uma vez ocupa importante lugar de resistência frente a regimes neoliberais.

É nesse contexto que a titulação de terras das comunidades remanescentes de quilombo, prevista no artigo 68 do ADCT, com força constitucional, insere-se como grande desafio. Segundo dados divulgados pelo INCRA, entre os anos de 2005 e 2018, apenas 125 comunidades foram tituladas, existindo um total de 1.715 processos de titulação em aberto. De acordo com Tárrega, a ausência de titulação incita recorrentes conflitos dentro de um sistema jurídico que hipervaloriza a propriedade. Os números demonstram um aumento da quantidade de quilombolas mortos por conflitos agrários de 350% ao ano (2018, p. 136). Ainda de acordo com a autora:

A Terra de direitos fez uma análise em 2016 segundo a qual, em 5 anos, o orçamento para a regularização dos territórios quilombolas caiu 97%. Também analisa dados de certificação/titulação, concluindo que, nesse ritmo, seriam mais de 900 anos para que todas as comunidades já certificadas recebessem seus títulos de propriedade (2018, p. 135).

Se estão corretos os dados, a realidade é escabrosa. Um prazo de 900 anos para a titulação das terras de comunidades já certificadas representa mais um século de atraso, não só para a comunidade negra, mas para todo o país enquanto Estado democrático de direito. A ineficiência na concre-

tização de políticas públicas sob o crivo constitucional não é prejudicial somente ao grupo diretamente interessado, mas para todos, uma vez que a solidificação e efetividade da Lei Maior é essencial na consolidação de um projeto soberano de desenvolvimento do país.

Cumprido ressaltar que o quilombo, assim como os conceitos, são categorias em constantes transformações. Hodiernamente, “a categoria *quilombo* adquiriu, no imaginário social contemporâneo, sentidos que ultrapassam a noção de evento histórico singular” (2014, p. 91). De modo que atualmente o quilombo já se compreende rural e urbanamente, e muitos intelectuais se esforçam no sentido de caracterizar, culturalmente, geograficamente e através das migrações, os quilombos nas periferias brasileiras.

#### 4. CONCLUSÃO

Considerando as questões postas por Florestan Fernandes, de que Portugal era um Estado patrimonial e preservou suas estruturas em sua colônia na América, principalmente através das concessões de sesmarias e transferência da Coroa Portuguesa, considerando as questões postas pelos intérpretes do Brasil, por meio de um viés econômico, de que a colonização da América já está inserida na modernidade e que o Estado brasileiro é formado no capitalismo, semelha razoável concluir que o conceito *patrimonialismo* ganha contornos próprios no Brasil, e falar em herança patrimonialista não quer dizer que esta é uma característica brasileira da transição para sociedade moderna e capitalista, vez que essa transição não ocorreu, e sim é uma característica herdada da ordem social de Portugal, que implica na confusão do público com o privado e na utilização do aparelho estatal na concretização dos interesses privados.

Vellozo e Almeida explicam que a propriedade de escravos fora “democratizada” no Brasil Imperial; mesmo camponeses pobres possuíam escravos, o que acarretou no pacto de todos contra os escravos, ocasionando também uma corriqueira estabilidade na sociedade oitocentista brasileira (2019, p. 2137-2160). Apenas com o crescimento da produção cafeeira no Sudeste e o fim do tráfico negreiro, que resultou na concentração de escravos nas lavouras de cafés e posterior desinteresse dos demais na escravidão, é que

se possibilita o movimento abolicionista. Anteriormente, somente as resistências negras eram responsáveis pelos desgastes do regime escravagista. Os quilombos são um dos vários meios de resistência utilizados pelos negros escravizados desde o início da escravidão. A noção de passividade dos negros é completamente descabida. O delinear da história demonstra a existência de vários quilombos que se constituíam como organizações políticas. Para mais que um reduto de fuga, era organização social de antinomia da escravidão, do modo de produção escravista, exportador e explorador de riquezas.

O modo de produção exportador-escravista do Brasil Colônia era essencial ao desenvolvimento do capitalismo na Europa, não obstante a colonização seja fruto das necessidades expansivas do comércio europeu. A formação da colônia portuguesa na América sob o viés econômico evidencia a necessidade das monoculturas brasileiras no fornecimento de produtos primários ao comércio exterior, o que só era possível pela estabilidade decorrente do uso de mão de obra escrava. Assim, os interesses privados, comerciais, internos e externos, corroboraram para a perpetuação da escravidão no Brasil.

O uso indiscriminado do solo constitui-se interesse mercadológico, haja vista que o valor intrínseco da terra é muito grande, pois não se projeta como os demais capitais expostos a um processo inflacionário, uma vez que se reveste da renda fundiária que ela é capaz de gerar. Em um contexto de fricção entre interesses privados no uso indiscriminado da terra e interesse coletivo de preservação da autonomia alimentar, recursos naturais e riquezas nacionais, a titulação de terras das comunidades remanescentes quilombolas, preconizada no art. 68 do ADCT, é um desafio, uma vez que esses territórios apresentam claras divergências com o padrão econômico brasileiro de exportação de *commodities*.

De acordo com Silva, a reforma agrária que poderia ser promovida na abolição da escravidão não foi feita por pressão latifundiária (2011, p. 149.) Parece razoável perceber que as elites econômicas que se beneficiam da ausência de atribuição de função social ao uso do solo continuam influentes na formação de agenda governamental para políticas públicas que possuam efetividade constitucional no que tange à titulação dos quilombos.



O aparato estatal, através de aparelhos jurídicos e políticos, é frequentemente apropriado na manutenção da discriminação racial, porque ela, assim como outros tipos de discriminação, é essencial para a manutenção da organização de trabalho capitalista. Portanto, refletir o Estado associado ao capitalismo deságua necessariamente em compreender que o capitalismo não é possível em um arranjo em que não exista unidade política, concentração do poder e impessoalidade na gestão pública, teoricamente, isto é, o capitalismo depende do Estado, ao passo que o próprio Estado decorre das necessidades capitalistas. Desse modo, a herança patrimonial pode ser instrumento que, na prática, permite a apropriação dos aparelhos estatais em favor de interesses privados. Todavia cumpre ressaltar que não é instrumento necessário à corrupção estatal, uma vez que seu surgimento imbricado com os interesses capitalistas já é responsável por tal.

É necessário repensar o papel e a definição do Estado na atualidade, retomar as bases democráticas postas na Constituição apesar de todos os entraves, na defesa de um projeto soberano para o país, que tem como objetivo o bem-estar social e institui soberanamente seus projetos. Sobre tudo em momentos de crise, é necessário pensar a quem servem as decisões tomadas pelo Estado, e, baseado na resposta, identificar quais têm sido as reais forças administradoras do país.

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro ; Polén, 2019. Versão kindle

BERCOVICI, Gilberto. As Possibilidades de uma Teoria do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* - Belo Horizonte - n.º.49 / Jul. – Dez., 2006. p. 81-100

BERCOVICI, Gilberto. *O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo*. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006. p. 95-99.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Editora Globo, 2001. Editora Globo, 2001.

FERNANDES, Florestan. *A sociedade escravista no Brasil*. In: Fernandes, Florestan. *Circuito fechado*. São Paulo: Globo, 2010. p. 37-95.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 30 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001.

HABERMAS, JÜRGEN. *A nova intransparência*. A crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, CEBRAP, n. 18, 1987. p. 106.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LAPLANTINE, François. *Aprender Antropologia*. São Paulo: Brasiliense, 2012.

MOURA, Clóvis, *Rebeliões da Senzala*, 3ª. Edição, São Paulo: Lech Livraria Editora Ciências Humanas, 1981

MOURA, Clóvis. *Quilombos: resistência ao escravismo*. São Paulo: Editora Ática, 1993.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Brasil: Editora Campus.

PORTELA JÚNIOR, Aristeu. *Florestan Fernandes e o conceito de patrimonialismo na compreensão do Brasil*. *PLURAL*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v.19.2, 2012, p.9-27

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro: A experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana*. 2017. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília.

SILVA, Frederico Alves da. *A garantia à posse qualificada dos quilombos no burocrático processo de titulação de suas terras*. 2011. 158 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2011.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Direito, devir negro e conflito ecológico distributivo*, Revista da Faculdade de Direito da UFG, v 42, n. 2. maio/ago. 2018. p 120-140

VELLOZO, César de Oliveira. ALMEIDA, Silvio Luiz. *O pacto de todos contra os escravos no Brasil Imperial*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 03, 2019. p. 2137-2160.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. v. 1. Brasília: Editora UnB, 2000.

# **COLUSÕES ALGORÍTMICAS: ESTUDO DE CASO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.011791/2010-56 (CADE) - AUTOESCOLAS E DESPACHANTES**

## **Hugo Assis Passos**

Advogado, Conselheiro Estadual da OAB/MA. Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Mestre em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.

## **Heloísa Gomes Medeiros**

Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade São Luís/MA. Pesquisadora do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Industrial da Universidade Federal do Paraná (GEDAI/UFPR). Professora Universitária. Advogada.

Recebido em: 16/01/2021

Aprovado em: 19/01/2021 e 26/01/2021

**RESUMO:** A sociedade informacional e suas expressões trazem novas perspectivas para o direito concorrencial. Nesse contexto, o presente artigo objetiva refletir sobre a utilização de algoritmos como instrumentos par colusões tácitas, em especial, analisa-se o caso da formação de cartel pelas autoescolas e despachantes apreciado pelo CADE. Destacam-se os efeitos ofensivos à livre concorrência a partir do uso de softwares, cujos algoritmos auxiliam conluios anticompetitivos. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e estudo de caso. Conclui-se que os algoritmos podem ser usados como ferramentas deletérias a direitos constitucionais, no que concerne à liberdade de competição.

PALAVRAS-CHAVE: Colusão; Algoritmo; Livre Concorrência.

ABSTRACT: The information society and its expressions bring new perspectives to competition law. In this context, this article aims to reflect on the use of algorithms as instruments for tacit collusion, especially the case of the formation of a cartel by driving schools and brokers appreciated by CADE. We highlight the offensive effects to free competition from the use of software, whose algorithms help anticompetitive collusion. For this reason, the deductive approach method is used, under the monographic procedure, with the bibliographic research technique and case study. It is concluded that the algorithms can be used as deleterious tools to constitutional rights, regarding freedom of competition.

KEY WORDS: Collusion; Algorithm; Free Competition.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico em curso na sociedade contemporânea é representado por avanços na área da computação e suas subáreas. Tais transformações impactam em diversos aspectos ou manifestações humanas, como nos serviços de saúde, nas artes, nos setores produtivos, nas finanças e, também, no direito.

Caracteriza-se o atual período histórico como sociedade em rede ou sociedade informacional, marcada por uma revolução nas comunicações e no expressivo número de dados gerados na internet, denominado *big data*. No mesmo passo, subáreas de computação, como a inteligência artificial, proporcionam uma quebra de paradigma, em que softwares complexos são capazes de aprender, através de algoritmos e redes semelhantes às neurais, a expressar comportamentos, fazer previsões, tomar decisões e criar soluções à semelhança da inventividade ou criatividade humana.

Esse novo estado de coisas alcança as atividades econômicas, viabilizando às empresas melhorarem processos produtivos, inovarem nas ofertas

de produtos e serviços, fazerem predições e tornarem o mercado ainda mais competitivo, portanto, prestigiando a liberdade de competição.

Contudo, o uso de softwares complexos pode, igualmente, desprestigiar normas constitucionais que tutelam a ação empresarial nos mercados. Em outras palavras, algoritmos podem favorecer colusões tácitas e ferir a livre concorrência.

A partir dessa reflexão inicial, como problema de pesquisa, questiona-se em que medida o uso de algoritmos no ambiente de competição entre as empresas pode gerar colusões capazes de proporcionar riscos à livre concorrência. Parte-se da hipótese de que os algoritmos podem ser utilizados como ferramentas deletérias a direitos constitucionais, no que concerne à liberdade de competição.

Desenvolve-se a pesquisa qualitativa sobre o tema, utilizando-se o método de abordagem dedutivo, sob o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica e o procedimento metodológico de estudo de caso, qual seja, PA 08012.011791/2010-56 (Autoescolas e despachantes), CADE.

## **1. SOFTWARE E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL**

Nas últimas décadas do século passado, a partir de uma análise fundamentada em procedimentos-padrão das ciências sociais, descobriu-se que uma nova estrutura social estava em formação, conceituada como sociedade em rede, por ser constituída por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social. Embora as redes sejam forma de organização já manifestada na experiência humana, atualmente, destaca-se que tecnologias digitais de formação de redes, características da Era da Informação, alimentaram as redes sociais e organizacionais, gerando infinita expansão e reconfiguração, superando as limitações tradicionais. (CASTELLS, 2018)

Sugere-se que a mudança social mais evidente tenha sido a transformação da comunicação, já que a revolução nas tecnologias da comunicação

se intensificou nos últimos anos, e como a comunicação consciente é a que caracteriza o ser humano, essa foi a área da sociedade que sofreu modificação mais profunda. Nesse sentido, as redes de computadores, os softwares de código aberto e o rápido desenvolvimento da capacidade de comutação e transmissão digital nas redes de telecomunicação geraram a expansão da internet, após privatização na década de 90, e a ampliação de seu uso em todas as atividades. (CASTELLS, 2018)

Para a perfeita compreensão das mudanças e das razões da expansão da internet, ultrapassados mais de 20 anos de sua privatização, citam-se as mudanças regulatórias, maior largura da banda de telecomunicação, difusão dos computadores sociais, softwares de fácil uso que simplificaram o upload, o acesso e a comunicação de conteúdo, como o servidor e navegador *Word Wide Web* e a demanda social por organização de qualquer coisa, estimuladas pelo mundo empresarial e pelo anseio público de criar redes de comunicação. (CASTELLS, 2018)

Esse novo perfil da sociedade descortinou um amplo espaço de possibilidades de desenvolvimento do ser humano, contudo, potencializou, igualmente, lesões a direitos, a exigir tutela capaz de contemplar novas situações destinada à promoção da pessoa humana.

Acompanha-se o desenvolvimento de tecnologias que impactam no sistema de transporte, em diversos setores da economia, na medicina, na elaboração de textos jornalísticos, na criação de obras de arte, assim como no direito. Isso se repete na sociedade brasileira, as novas tecnologias alcançam diversos aspectos, a exemplo dos serviços de saúde, da indústria, do comércio, da agricultura, das instituições bancárias e, inclusive, do direito.

Nesse âmbito, o progressivo uso da inteligência artificial, compreendida como a utilização de ferramentas estatísticas e algoritmos em softwares inteligentes, capazes de classificar dados, identificar padrões e realizar previsões, possui, a cada dia, mais aplicações com alto potencial de transformação das relações sociais (BUCHANAN, HEADRICK, 1970, p. 43).

No ambiente empresarial, a combinação entre *big data* e tecnologia, como o uso de algoritmos, difundidos na sociedade, proporciona mudanças no ambiente competitivo das empresas, na elaboração de estratégias de propaganda e de decisões. A extensão desse fenômeno não pode ser delimitada, mas um número crescente de empresas está usando algoritmos em suas políticas de preços, serviços aos clientes e previsões de mercado.

Paulatinamente, a automatização da informação, ou seja, o uso de computadores e softwares, em especial por meio da técnica de inteligência artificial, para executar atividades, também alcança o campo das decisões empresariais, administrativas e judiciais. Esses elementos centrais das novas tecnologias de informação e comunicação tornam o manuseio da informação mais rápido, preciso e elevam os dados a uma nova categoria de bem protegível, caracterizando o que se denomina de sociedade e economia de dados.

No entanto, a aplicação de inteligência artificial, considerada uma parte complexa da informática, quando voltada para tomada de decisões empresariais, administrativas e judiciais, deve ser examinada perante os riscos eventuais ocasionados para as normas constitucionais.

Diz-se complexa, pois essa técnica é composta por uma nova geração de softwares e algoritmos que fazem e executam decisões, comunicando-se diretamente com outros sistemas por meio de redes neurais artificiais - *artificial neural networks* -, (GAL, ELKIN- KORREN, 2017, p.6-7) e ainda por meio do aprendizado de máquina - *machine learning* - e do aprendizado profundo - *deep learning* (ELIAS, 2017, p. 2-4).

A inteligência artificial marca o que Klaus Schwab caracteriza como a Quarta Revolução Industrial, sublinhando que essa tecnologia “fez progressos impressionantes, impulsionada pelo aumento exponencial da capacidade de processamento e pela disponibilidade de grandes quantidades de dados, desde *softwares* usados para descobrir novos medicamentos até algoritmos que preveem nossos interesses culturais” (SCHWAB, 2016, p. 22-23).



Os resultados alcançados pelos softwares complexos - proporcionados pelo aprendizado de máquina e o aprendizado profundo - quando adicionados ao grande número de dados produzidos por meio da automatização da informação (*big data*), têm sido uma ferramenta primordial na tomada de decisões algorítmicas em todas as atividades humanas. Extrai-se, nessa combinação, o verdadeiro valor de um conjunto enorme de dados que outrora não apresentavam estruturação alguma e passam a ser utilizados na construção de perfis e padrões; esses algoritmos poderão realizar análises preditivas de forma a encontrar a melhor solução na presença de uma decisão. (DIEGA, 2018, p. 4)

Diante dos valores apresentados sobre a inteligência artificial, observa-se um crescimento das decisões automatizadas, tanto na seara privada quanto pública, como, por exemplo, nos crimes envolvendo pornografia infantil (PIERRO, 2018) ou no setor de concessão/pontuação de crédito (ELIAS, 2017, p. 5, 11).

É inegável as potencialidades positivas da automatização de decisões por meio de inteligência artificial, contudo, ainda é necessário criar soluções ou alternativas para suprir a capacidade de gerar externalidade negativa ou custos sociais nesse sistema, singularmente no que diz respeito à falta de transparência do software - cujo código-fonte é protegido por meio de sigilo - e orientações tendenciosas em que podem ser programadas ou vierem a se desenvolver durante o uso das tecnologias, refletindo as assimetrias da própria sociedade. Como resultado de um processo aparentemente mais racional para tomada de decisões, podemos ter prejuízos a direitos constitucionalmente garantidos, como a privacidade, o direito à informação, a democracia, a liberdade e a não discriminação. (DONEDA, ALMEIDA, 2016)

Essa realidade gera efeitos e reflete as transformações que a Sociedade Informacional trouxe para o campo do Direito. (CASTELLS, 2011)

Interessa à pesquisa o uso de algoritmos capazes de impactar no ambiente competitivo e em direitos previstos na Constituição Federal de 1988, como a livre concorrência e a tutela do consumidor.

## 2. ALGORITMOS E COLUSÕES

Diante do possível impacto ao ambiente competitivo, questiona-se em que medida os algoritmos podem viabilizar colusões tácitas, inclusive, em mercados que não manifestam indícios do risco de colusão.

Ademais, reflete-se como as agências governamentais antitruste devem revisar as tradicionais aceções de acordos ou tácitas colusões para adoção de novas medidas antitruste. Em outras palavras, merece análise a possibilidade de controle do uso de algoritmos no ambiente de competição entre empresas, especificamente novas formas de colusões.

O incremento do uso de algoritmos nas estratégias empresariais, indubitavelmente, decorre da eficiência conferida às atividades dessas empresas e aos interesses de seus clientes pelo aprimoramento dos produtos e serviços. Todavia, como hipótese, o uso de algoritmos pode beneficiar e disfarçar comportamentos anticompetitivos, assim como tornar mais fácil para empresas realizarem e sustentarem colusões – conluíus anticompetitivos – sem qualquer, ou visível, interação humana.

Para o enfretamento do problema de pesquisa, é indispensável o esforço em conceituar, previamente, algoritmos, inteligência artificial, *machine learning*, *deep learning* e *big data* como modos de fixar premissas para perfeita compreensão do tema.

Os algoritmos podem ser compreendidos como conjuntos ordenados e sequenciais de todas as instruções precisas, finitas, inequívocas, analíticas, gerais e abstratas, formuladas *ex ante*, cuja aplicação permite a obtenção do resultado pretendido ou execução da função desejada. (MARQUES, 2016, p. 4)

Logo, algoritmos podem ser entendidos como uma sequência de regras para se alcançar algum objetivo.

Por sua vez, inteligência artificial é uma subárea da ciência da computação, que tenta simular processos específicos da inteligência humana por meio de recursos computacionais. (PEIXOTO, 2019, p. 20.)

Assim, considera-se um ramo da computação capaz de realizar tarefas com significativa dificuldade de uma maneira inteligente.

Já *machine learning* é uma subárea da inteligência artificial destinada a permitir que computadores aprendam sozinhos, a partir de utilização de algoritmo identificador de padrões. (PEIXOTO, 2019, p. 20.)

Por *deep learning*, entende-se como um subcampo do aprendizado de máquina que permite que os sistemas de computador aprendam usando software complexo que tenta replicar a atividade dos neurônios humanos, criando uma rede neural artificial. (OECD, 2017)

Ademais, compreende-se *big data* como uma nomenclatura para se denominar uma quantidade cada vez mais crescente e não organizada de dados e gerados a cada momento em diversas redes de comunicação.

Tais inovações disruptivas alcançaram os ambientes empresariais, notadamente ganharam crescente importância a partir da adoção aprimorada destas pelas empresas. Algoritmos complexos melhoram as decisões empresariais e automatizam processos como diferenciais competitivos, prestam-se a fazer previsões e otimizar processos.

No âmbito das análises preditivas, são aptos a estimar demanda, prever mudanças de preços, comportamentos, preferências dos clientes, prever choques endógenos ou exógenos que podem afetar o mercado, variações de taxas câmbio e desastres naturais. (OECD, 2017)

Porquanto, a atividade empresarial passa a ser aprimorada por meio de algoritmos com funções de coletar, minerar e lidar com a informação, propor produtos adequados ao perfil de cada consumidor, conforme os padrões fixados pelo algoritmo; ademais, são capazes de fixar a precificação de produtos e serviços de acordo com características do consumidor, excluir destinatários de determinadas ofertas e realizar escolhas pelo consumidor, após aprendizado baseado no perfil de cada indivíduo ou grupo de indivíduos. (GAL, ELKIN- KORREN, 2017, p. 6)

Na otimização de processos empresariais, serve para permitir que os negócios se tornem mais competitivos, reduzir custos de produção da transação, categorizar clientes, propor preços, responder de modo eficiente a variações de mercado. (OECD, 2017)

O uso dos algoritmos viabiliza, portanto, coleta, análise, tratamento, transferência e armazenamento de informações do consumidor, traçar perfis, identificar preferências e consumidores destinatários de produtos. (NOVO, AZEVEDO, 2014, p. 6)

Como estado da arte do uso dessas novas tecnologias, ressalta-se, apenas exemplificativamente, que já se vivencia aplicações práticas de algoritmos pelas empresas na prevenção de fraudes, otimização da cadeia de produtos, publicidade direcionada, recomendação de produtos, segurança corporativa e preços dinâmicos. (OECD, 2017)

Na saúde, um algoritmo de reconhecimento de imagem foi criado para detectar melanoma em estágio inicial, assim como auxiliar cirurgia de câncer de cérebro, a partir da identificação de células cancerosas passíveis de serem removidas. Na engenharia civil e mecânica, existem diversas aplicações, dentre elas, predição de dispersão de poeira em operações de perfuração, prever resposta estrutural em edifícios em áreas de terremotos e condições de velocidade de tráfego. (OECD, 2017)

Nas finanças, algoritmos são usados para gerar sinais de compra e venda de ações e falência corporativa. Na biologia, para automatizar a localização de animais do fundo do mar e estimar concentração de clorofila em plantas. E na área de som e imagem, o algoritmo é apto a colorir imagens em preto e branco, reconhecer objetos e seu contexto na fotografia e acrescentar som em filmes mudos a partir da análise de contexto. (OECD, 2017)

Como consequência, tem-se a alteração do modo como as empresas atuam no mercado e interagem entre si, aquele cada dia mais digital; desperta-se ampliação do uso de algoritmos nos processos industriais e pressionam-se as demais empresas a se adaptarem à nova realidade. Observa-se, desta feita, ganho em competitividade, tanto nas ofertas quanto nas demandas.

Nas ofertas, constata-se aprimoramento da transparência, através da divulgação de novos produtos e novas ofertas; estimula-se a inovação; procede-se análises estatísticas sobre a eficiência da produção para redução de custos; aprimora-se a qualidade dos produtos e racionaliza-se processos negociais. (OECD, 2017)

Na demanda, o uso de algoritmos proporciona suporte na tomada de decisões pelos consumidores, por meio da organização aprimorada de informações sobre produtos; permite mapear interesses dos consumidores sobre preços e qualidade de produtos; gera a facilitação de acesso ao consumo de bens e serviços. O uso de algoritmos de preços dinâmicos para alguns tipos de produtos e serviços proporciona a personalização dos preços; estimula-se a inovação, a competição, força-se o aprimoramento de fornecedores e facultam-se compras coletivas a preços módicos. (OECD, 2017)

Contudo, o uso de algoritmos pode facilitar práticas colusivas, com capacidade de esconder conluos para atender grupos empresariais e ofender o interesse público. As colusões são formas de acordos ou ações coordenadas entre empresas competidoras com objetivo de aumentar os lucros, impraticáveis em um ambiente regular de livre concorrência.

Em outras palavras, consiste em um acordo de preços, visando majorar lucros, por empresas competidoras, que gera prejuízos aos consumidores. Esses acordos podem ser expressos ou tácitos.

Existem algumas espécies de algoritmos já identificadas como aptas a atingir o ambiente de livre concorrência, quais sejam: algoritmos de monitoramento, algoritmos que reagem paralelamente ao mercado, algoritmos sinalizadores, algoritmos treinados a aprender sozinhos para viabilizar conluos.

Os algoritmos de monitoramento coletam e processam dados dos competidores, podem facilitar acordos ilegais e tornar a colusão mais eficiente, evitando a guerra de preços entre empresas. Contudo, ainda não há completa eliminação de comunicações expressas entre as empresas componentes do cartel. (OECD, 2017)

Enquanto as agências de controle estiverem vigilantes e alertas com monitoramento de mercado, e a fixação de preços e outras estratégias comerciais forem feitas por homens, as ferramentas antitruste existentes ainda serão capazes de prevenir colusões.

Os algoritmos que reagem paralelamente ao mercado coordenam comportamentos empresariais através de algoritmos que seguem os preços de um líder empresarial, uso do mesmo algoritmo de preços pelas empresas competidoras ou através de algoritmos de compartilhamento de preços. Ocorre a automatização de processos de decisão e atualização simultânea de preços diante de mudanças no mercado, como aumento ou diminuição de demandas. (OECD, 2017)

Esse tipo de algoritmo já fora utilizado em empresas aéreas, serviços de oferecimento de estadias em hotéis, entre outras. Tal ferramenta pode favorecer a competição, embora exista risco de utilização do mesmo algoritmo pelas empresas existentes no mercado e eventual programação para adoção de medidas anticompetitivas, inclusive, sem comunicação, fato que dificulta a identificação da prática ilegal.

Pode-se citar os algoritmos sinalizadores, que disponibilizam e disseminam informações sobre preços com a intenção de colusão e negociação de política comum de preços entre os competidores.

Em mercados dinâmicos, compostos por empresas de tamanhos diversos e com produtos variados, colusões tácitas são de difícil identificação. Para evitar comunicações expressas e seu monitoramento, algumas empresas se valem de algoritmos de sinalização e anúncios unilaterais de preços, estes acompanham a sinalização de preços do concorrente através de algoritmos, gerando a padronização das ofertas de preços, como já ocorrido nas companhias de aviação norte-americanas. (OECD, 2017)

Na mesma trilha, os que aprendem sozinhos são algoritmos com ponderosa capacidade de fazer predições, através de constante aprendizado e adaptação às condutas das empresas existentes no mercado, e capazes de viabilizar colusões sem interações humanas, através do uso de *machine*

*learning* e *deep learning* e a partir de um número significativo de dados. (OECD, 2017)

Há sensível dificuldade de identificação por agências de controle governamentais, através das ferramentas usuais de fiscalização. Por essa razão, as referidas tecnologias consistem em ferramentas que desafiam a efetivação de normas antitruste.

Os desafios são significativos, quais sejam, descobrir como os algoritmos ampliam condutas anticompetitivas alcançadas pelas normas vigentes; investigar quando os algoritmos criam riscos de condutas não contempladas pelas normas vigentes, que dificultam as funções das agências de controle; analisar como as novas tecnologias funcionam e constatar como os algoritmos podem favorecer comportamentos colusivos.

Não restam dúvidas de que a utilização de algoritmos proporcionou mudanças sensíveis no mercado, muitas delas que favorecem a economia e os consumidores, mas é necessário repensar como enfrentar práticas colusivas que ferem a livre concorrência.

A concepção de que os conluíus empresariais aptos a ferir a concorrência real se expressarão de modo claro, com contatos evidentes entre os agentes empresariais, mostra-se ultrapassada, fato que gera a indispensável ponderação sobre como os órgãos de controle devem atuar para afastar as ofensas às normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a liberdade de competição.

Meras condutas de fixação de preços de modo simultâneo podem não indicar, claramente, comportamentos colusivos; definir ou categorizar práticas de mercado como acordos ilícitos entre competidores com o uso de algoritmos, como já mencionado, possui grande dificuldade. A acepção poderia ser compreendida como unidade de propósitos e entendimentos ou reunião de mentes. Na prática, necessário verificar se as condutas dos competidores decorrem de coordenação entre estes de algum modo. (OECD, 2017)

Outro aspecto relevante é apurar quem deve ser responsabilizado pela utilização de algoritmos colusivos, tais como os indivíduos, empresas bene-

ficiadas ou programadores. Ademais, pergunta-se se existem instrumentos de combate a essas novas práticas anticompetitivas.

Alguns mecanismos ou ferramentas podem ser propostos como a aplicação do controle de fusões pela adoção de um sistema capaz de prevenir colusões tácitas, através da aplicação de regras de controle de fusão em mercados marcados pelo uso de algoritmos; as agências devem focar em análises de impacto de transações e nas características do mercado, como transparência e velocidade de interações; reconsiderar como abordar fusões de conglomerados, em que os algoritmos podem facilitar colusões através de contatos múltiplos; implementar ações corretivas, por meio do estabelecimento de regras de *compliance* para empresas competidoras, programas de monitoramento e mecanismos para auditar algoritmos, assim como novas regulações. (OECD, 2017)

Os avanços tecnológicos, sem dúvida, impõem dificuldades extremas de regulação, em face da velocidade das alterações de tais tecnologias, assim como obrigam constantes reflexões sobre as ferramentas atuais de controle de práticas ofensivas à livre concorrência.

É impossível se pensar em mecanismos perfeitamente adequados para cada nova expressão de inovação, mas resta indispensável o esforço de aprimoramento das agências de controle estatais, que, igualmente, podem contar com os benefícios das novas tecnologias.

### **3. COLUSÕES ALGORÍTMICAS: ESTUDO DE CASO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.011791/2010-56 (CADE) - AUTOESCOLAS E DESPACHANTES**

O Ministério Público do Estado de São Paulo, em 2010, promoveu representação no CADE em face de centros de formação de condutores e despachantes do município de Santa Bárbara D'Oeste para apuração de prática de cartel para uniformização de preços e outras condições de serviços.

A extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) instaurou Processo Administrativo para apuração de infrações anticompetitivas preconizadas



no art. 20, inciso I, e no art. 21, incisos I e II, da Lei 8.884/94, disposições revogadas pela Lei 12.529/2011, realizadas por autoescolas e despachantes do município de Santa Bárbara D'Oeste, assim como por empresa fornecedora de software.

No que é pertinente à pesquisa, destaca-se que a SDE identificou, além dos fortes indícios da ocorrência de reuniões para fixação de preços e outras condições comerciais, robustos indícios de que um software desenvolvido pela Associação dos Despachantes de Santa Bárbara D'Oeste (ADESBO), associação empresarial, junto com a empresa Criar Prestadora de Serviços Internet Ltda. influenciou conduta comercial uniforme entre concorrentes, pois foi utilizado como ferramenta para implementar e monitorar o cumprimento dos acordos de preços por parte das empresas envolvidas.

No caso em apreço, identificou-se a prática de cartel, infração à ordem econômica prevista no artigo 36, § 3º, inciso I da Lei 12.529/2011. Nos termos do voto do relator do referido processo administrativo, conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, cumpre ressaltar:

Um cartel é um acordo entre empresas pretensamente concorrentes para estabelecer níveis de produção ou fixar preços, quantidades, clientes, fornecedores, regiões, entre outras características enumeradas pelo art. 36, §3º, inciso I, da Lei 12.529/11. O acordo possibilita às empresas terem lucros de monopólio, ou seja, comportarem-se como se houvesse um só vendedor no mercado. Os agentes que praticam cartel podem, por exemplo, fazer acordos sobre os preços que cobram e/ou sobre se irão concorrer ou não em determinados mercados ou por certos clientes. Como se trata de uma conduta de várias empresas que deveriam concorrer entre si, a formação de cartel merece mais escrutínio por parte das autoridades antitruste e punições maiores que condutas unilaterais. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010)

Nota-se que a prática de cartel visa a eliminar ou diminuir a concorrência e obter o monopólio em determinado setor econômico, através da unificação de vontades dos participantes, em oposição à livre concorrência.

Esse acordo de vontades que diminui ou elimina a livre competição entre os *players* do mercado, com objetivo de majorar lucros dos envolvidos e lesar o interesse público, é ilegal. Deste modo, ajuste de fixação de preços, condições de serviços, divisão geográfica e controle não natural de ofertas podem ser compreendidos como cartéis.

Na decisão do processo administrativo objeto de análise, outro aspecto da formação de cartéis é destacado pelo conselheiro relator, qual seja:

No caso de formação de cartel, a conduta é reprovável por si só, sem a necessidade de comprovação de efeitos, ao que a lei chama de infração “por objeto” (art. 36, caput, Lei 12.529/11). Caso o julgador opte por estender a análise, a legislação antitruste aponta ainda a vertente da infração “por efeito” (art. 36, caput, Lei 12.529/11). A lei estabelece essas duas possibilidades de análise porque as atividades anticompetitivas geralmente são encobertas, com estratégias que visam à ocultação dos atos praticados. No caso dos cartéis, os atos são ocultados não para a proteção de estratégias comerciais de empresas envolvidas, mas sim em função de sua importância para a caracterização de uma conduta considerada delito pela legislação pátria. Em função dessa natureza, provada a formação de cartel, não há necessidade de se comprovar os efeitos sobre a concorrência ou o bem-estar do consumidor. A violação à ordem econômica, quando comprovada, se dá pelo próprio objeto, e não pelos seus efeitos. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010)

Percebe-se que no esforço de empreender ilicitamente, os participantes de um cartel encobrem estratégias anticompetitivas e ocultam os atos praticados com o fim de aumentar lucros e dominar o mercado. Diante desse cenário, para justificar condenações por práticas violadoras da ordem econômica, basta comprovar o objeto, restando desnecessário demonstrar os efeitos deletérios à livre concorrência.

Ressalte-se que um cartel depende de ferramentas de monitoramento, ou seja, de fiscalização dos participantes que, eventualmente, podem descumprir o pacto firmado, pois se uma das empresas burla o funcionamento da estrutura artificial de funcionamento, o empreendimento ilícito não alcança sua finalidade.

Nesse aspecto, reside o ponto central de análise, no que diz respeito a esta pesquisa, qual seja, o uso de um software, desenvolvido pela ADESB-BO junto com a empresa Criar Prestadora de Serviços Internet Ltda., cujo algoritmo determinou a conduta comercial uniforme entre concorrentes, posto que fora utilizado como ferramenta para implementar e monitorar o cumprimento dos acordos de preços por parte das autoescolas e centros de formação de condutores.

Segundo apurado, a empresa Criar e a ADESB-BO firmaram contrato para criação de um sistema de tecnologia da informação que permitisse “o método de coleta de dados para a emissão de contrato de matrícula entre o aluno e o CFC, seguindo padrão determinado pela ADESB-BO, em comum acordo com os CFCs, a emissão de boletos para pagamento do valor negociado para o treinamento do aluno e a emissão de guia de encaminhamento para o exame médico e avaliação psicológica.” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010)

Utilizando-se desse sistema, a ADESB-BO monitorava o mercado e a deservoltura do cartel, observando as empresas do citado setor da economia, acompanhando o cumprimento do acordo ilícito firmado. Esta realizava o tabelamento de preços, a coordenação, institucionalização e monitoramento do cartel, através do software denominado “Sistema de Controle de Matrículas”.

Além disso, a associação controlava a entrada de novos *players* no mercado que precisavam, obrigatoriamente, associarem-se à ADESB-BO, uma evidente exigência ilícita para exercer a atividade econômica.

Em todas essas práticas, a ADESB-BO se valeu da contratação da supracitada empresa de tecnologia da informação para elaboração de um software de monitoramento de preços e de clientes para concretizar o ajuste ilícito e mascarar a rivalidade entre os concorrentes da região.

A associação das autoescolas e despachantes usara, portanto, um algoritmo de monitoramento que coleta, processa dados dos competidores, presta-se a facilitar acordos ilegais e tornar a colusão mais eficiente, evitando a contraposição de preços entre empresas. Embora, no caso concreto,

não tenha ocorrido completa eliminação de comunicações expressa entre as empresas componentes do cartel e a associação.

Tal circunstância favoreceu a atuação do CADE e a aplicação de penalidades aos envolvidos.

Segundo o relator do processo administrativo, o caso concreto revelou um arrojado acordo anticompetitivo integrado por pessoas jurídicas e naturais de Santa Bárbara D'Oeste/SP para uniformização de preços de serviços prestados por autoescolas e despachantes. Nesse mister, a ADES-BO e a Criar editaram inúmeras tabelas de preços desses serviços, as quais eram observadas pelos participantes do cartel, com a utilização de software que uniformizava as práticas comerciais dos usuários. O cartel ocorreu, pelo menos, entre 2002 e 25/05/2011, que é a data em que foi proferida a Medida Preventiva pela SDE.

Pode-se observar, pela análise do caso, que a hipótese da pesquisa é corroborada, qual seja, as inovações tecnológicas podem se tornar instrumentos poderosos para otimizar processos empresariais e favorecer a livre concorrência, mas, igualmente, podem ser desenvolvidos softwares cujos algoritmos possuem aptidão para macular a existência de competição real no mercado, a exemplo dos citados algoritmos de monitoramento, algoritmos que reagem paralelamente ao mercado, algoritmos sinalizadores, algoritmos treinados a aprender sozinhos para viabilizar conluios.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vivencia-se profundas mudanças na sociedade brasileira em decorrência de inovações tecnológicas que impactam na economia e no direito. Esse novo perfil da sociedade apresentou um amplo espaço de possibilidades de desenvolvimento do ser humano, mas potencializou, na mesma linha, lesões a direitos, a exigir tutela capaz de contemplar novas situações e destinada à promoção dos direitos constitucionalmente previstos.

Acompanha-se o desenvolvimento de tecnologias que geram efeitos no sistema de transporte, nos serviços de saúde, na indústria, no comércio,

na agricultura, nas instituições bancárias e, inclusive, em órgãos da Administração Pública e no Judiciário.

Passou-se a observar o uso de softwares, cujos algoritmos são aptos a classificar dados, identificar padrões, fazer predições, com inúmeras aplicações em diversos aspectos das relações sociais. Aliado ao *big data*, o uso de algoritmos proporciona um novo estado de coisas nas atividades humanas e, no que é pertinente a este trabalho, mudanças no mercado, elevando o ambiente de competição entre as empresas a um novo patamar de eficiência.

Aprimoramento de processos, predições, estratégias de propagandas, decisões empresariais, previsões de mercado, serviços aos clientes e políticas de preços ganham novos parâmetros a partir do uso de softwares complexos. A extensão desse fenômeno disruptivo não é passível de ser delimitada, mas um número crescente de empresas está usando algoritmos em suas políticas de preços, serviços aos clientes e previsões de mercado.

As novas tecnologias de informação e comunicação tornam o manuseio da informação mais rápido, preciso e elevam os dados a uma nova categoria de bem protegível, caracterizando o que se denomina de sociedade e economia de dados. Mas a aplicação de softwares, compostos de algoritmos complexos, na tomada de decisões empresariais, administrativas e até mesmo judiciais deve ser examinada perante os riscos eventuais ocasionados para direitos e normas constitucionais.

Nesse sentido, o uso de algoritmos pode auxiliar colusões entre competidores no mercado, em ofensa à livre concorrência, aos interesses públicos e aos consumidores. Algumas espécies de algoritmos já foram identificadas como aptas a atingir o ambiente de livre concorrência, tais como: algoritmos de monitoramento, algoritmos que reagem paralelamente ao mercado, algoritmos sinalizadores, algoritmos treinados a aprender *sozinhos* para viabilizar *conluios*.

No Brasil, o CADE já reconheceu a existência de cartel e a utilização de software, cujo algoritmo auxiliou associação e empresários a realizarem

atos ilícitos e ofensivos à livre concorrência. O caso concreto revelou um arrojado acordo anticompetitivo integrado por pessoas jurídicas e naturais de Santa Bárbara D'Oeste/SP para uniformização de preços de serviços prestados por autoescolas e despachantes.

Como ferramentas, a associação dos empresários e a empresa “Criar” fixaram tabelas de preços de serviços, as quais eram observadas pelos participantes do cartel, com a utilização de software que uniformizava as práticas comerciais dos usuários.

O cartel ocorreu, pelo menos, entre 2002 e 2011. O voto do relator, conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, foi pelo reconhecimento da prática de cartel e condenação dos envolvidos.

A partir do estudo de caso, é possível concluir que o uso de algoritmos representa instrumento para otimização de processos empresariais e para favorecer a livre concorrência, todavia podem ser criados softwares capazes de esconder conluíus anticompetitivos e que impõem a atualização dos agentes de controle estatal.

Estudo da OECD sugere alguns instrumentos como a aplicação do controle de fusões pela adoção de um sistema capaz de prevenir colusões tácitas, através da aplicação de regras de controle de fusão em mercados marcados pelo uso de algoritmos; propõe que as agências devem focar em análises de impacto de transações nas características do mercado, como transparência e velocidade de interações; cogita possível reconsideração de como abordar fusões de conglomerados, em que os algoritmos podem facilitar colusões através de contatos múltiplos; opina sobre a implementação de ações corretivas, por meio do estabelecimento de regras de *compliance* para empresas competidoras, assim como programas de monitoramento, mecanismos para auditar algoritmos e novas regulações.

Portanto, resta evidenciado que os algoritmos podem ser utilizados como instrumentos anticompetitivos, fato que obriga uma mudança de postura das agências e agentes de estatais de controle da livre concorrência, como meio de evitar ofensas às normas constitucionais e aos interesses públicos.

## REFERÊNCIAS

BUCHANAN, Bruce G.; HEADRICK, Thomas E. Some speculation about Artificial Intelligence and legal reasoning. *Stanford Law Review*, v. 23, n. 1, 1970, p. 40-62.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*; v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO: 08012.011791/2010-56. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNnpPWVSb4YKMVwex61odHmovngE-UHu\\_N084SWn6C\\_Je\\_zH3YxqY871mwUSqycXZ5VQKBDxCLIfZrxd1RenaAN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNnpPWVSb4YKMVwex61odHmovngE-UHu_N084SWn6C_Je_zH3YxqY871mwUSqycXZ5VQKBDxCLIfZrxd1RenaAN)> Acesso em: 30 de dezembro de 2019.

DIEGA, Guido Noto La. Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. V. 3, 2018. Disponível em: <<https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4677>>. Acesso em 24 jan. 2019.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA Virgílio A.F. O que é a governança de algoritmos? *Politics*. Uma publicação do Instituto Nupef. 2016. Disponível em: <<https://www.politics.org.br/edicoes/o-que-é-governança-de-algoritmos>>. Acesso em 24 jan. 2019.

ELIAS, Paulo Sá. Algoritmos, Inteligência Artificial e o Direito. *Conjur*. 2017. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/algoritmos-inteligencia-artificial.pdf> . Acesso ag.de 2018.

GAL, Michal; ELKIN-KORREN, Niva. Algorithmic Consumers. (August 8, 2016). *Harvard Journal of Law and Technology*. Vol. 30, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2876201>>. Acesso em 24 jan. 2019.

GUSTIN, Miracy B. de Souza; DIAS, Maria Tereza F. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inteligência Artificial e Direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no Sistema Brasileiro de Precedentes. Revista de direito e as novas tecnologias. Brasil. Vol 3. 2019. Página RR-5.1. 28.10.2019.

MARQUES, João Paulo F. Remédio. Patentes de programas de computador e de sistemas informáticos de jogos eletrônicos / patentes de métodos de exercício de actividades econômicas? In: REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO (PIDCC). Aracaju, Ano V, Volume 10 nº 01, p.001 a 046, Fev/2016. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/224-patentes-de-programas-de-computador-e-de-sistemas-informaticos-de-jogos-eletronicos-patentes-de-metodos-de-exercicio-de-actividades-economicas>> . Acesso em: 20 de dezembro de 2019.

NOVO, Rafael Fernandes; AZEVEDO, Marília Macorin de. A individualização do consumidor por meio do avanço das redes sociais e do Big Data. Revista científica On-line de tecnologia, gestão e humanismo, v.4, n. 2 – nov. 2014. Disponível em: <<http://www.fatecguaratingueta.edu.br/revista/index.php/RCO-TGH/article/view/65/74>> Acesso em dez. de 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; DA SILVA, Roberta Zumblick Martins. Inteligência Artificial e Direito. Coleção Direito, Racionalidade e Inteligência Artificial. 1ª Ed. Curitiba. Alteridade Editora. 2019.

OECD (2017), Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. Disponível em: [www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm](http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm). Acesso em 05 de dezembro de 2019.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. 1 Ed. São Paulo: Edipro, 2016.



XIMENES, Julia Maurmann. *O processo de produção científico-jurídica – O Problema é o Problema*. Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília. Disponível em: [http://www.idp.edu.br/component/docman/doc\\_download/362-artigoproblema-julia-ximenes](http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/362-artigoproblema-julia-ximenes)>. Acesso em: 17 jan. 2015.

# ITINERANT JUSTICE AND PROACTIVE LEGAL SERVICES:

Origins, Achievements and Future Directions

## Kim Economides

Professor Emeritus, Flinders University, South Australia; Honorary Professor of Law, School of Law and Justice, University of Southern Queensland, Australia; Visiting Professor, Law Department, University of Cyprus. This is an edited version of a keynote address delivered to the 1st National Meeting on Itinerant Justice (ENAJ), as part of a webinar on Itinerant Justice: Origins, Diagnosis and Perspectives, organised by EMERJ (School for Magistrates, Rio de Janeiro State Court, Brazil) on 27 November 2020. I wish to thank Des Cristina Tereza Gaulia, Eliane Botelho Junqueira, Rafaela Selem Moreira and Joaquim Leonel de Rezende Alvim for their helpful observations, and for editorial assistance, Yanka Albertin Sodre da Silva, but I accept full responsibility for any remaining inaccuracies.

Recebido em: 16/01/2021

Aprovado em: 28/01/2021 e 29/01/2021

**ABSTRACT:** This article examines itinerant justice and proactive legal services serving remote areas and the distinction between these modes of legal service delivery. It examines foreign and historical precedents for mobile legal services and the lessons that emerge from this experience. The article also considers how these legal services should be evaluated and questions their present scope by asking whether in the future there should be a greater emphasis on collective legal action, or structural, as well as individual casework. Finally, the article looks at future planning and considers specific reforms that might enhance their contribution, particularly for those in remote or Indigenous communities.

**KEYWORDS:** Itinerant justice; proactive legal services; access to justice; remote areas; law reform

**RESUMO:** Este artigo examina a justiça itinerante e os serviços jurídicos proativos que atendem a áreas remotas, a partir da distinção entre esses modos de prestação de serviços jurídicos. Inicialmente, são analisados os precedentes estrangeiros e históricos para serviços jurídicos móveis, assim como as lições que emergem dessas experiências. O artigo também aponta como esses serviços jurídicos devem ser avaliados e questiona seu escopo atual ao perguntar se, no futuro, deveria haver uma maior ênfase na ação legal coletiva, ou no tratamento de casos estruturais, paralelamente aos casos de natureza individual. Por último, são apontadas algumas questões importantes para um futuro planejamento dos serviços jurídicos itinerantes de forma a contemplar reformas específicas que podem ampliar a atuação desses serviços em comunidades remotas ou indígenas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça itinerante; serviços jurídicos proativos; acesso à justiça; áreas remotas; reforma da lei

## 1. INTRODUCTION

Even though this webinar operates in virtual space as is customary in Australia, I begin by acknowledging the traditional owners of the land on which I live and work, the Kurna people of the Adelaide Plains, and pay my respects to their elders: past, present and emerging.<sup>1</sup> It is an honour to deliver this opening keynote address at Brazil's first national conference dedicated to itinerant justice, also celebrating the life and work of the public prosecutor and scholar, Prof Miguel Lanzellotti Baldez, who died earlier this year and was a contemporary of another inspirational scholar, Prof Marc Galanter, who fortunately continues to focus our attention on the impact of law on society's 'have-nots' (GALANTER, 1974).<sup>2</sup>

Before I begin, allow me to pay tribute to Judge Gaulia's recent book, *A Experiência da Justiça Itinerante*, (GAULIA, 2020) that provides a solid intellectual foundation for this new conference series and builds on earlier studies

<sup>1</sup> *Marni naa pudni Kurna yarta-ana; Ngadlu Tampinhi Ngadlu Kurna Yartangka Imparrinhi* (Transl: "Good you all came to Kurna country; we acknowledge we meet on Kurna land").

<sup>2</sup> See also GALANTER (2010). For an appreciation of Miguel Baldez, see Luiz Otávio RIBAS (2020).

(IPEA, 2015; FERRAZ, 2016; FERRARI, 2017). Her study, supported by many visual images, explores how mobile courts advance the effective implementation of constitutional and procedural values that lie, or should lie, at the heart of Brazilian democracy (CARVALHO, 2013; HOLSTON, 2013). I suspect Prof Baldez would be pleased to see that judges today are deeply committed to maintaining the rule of law and to ensuring that the Brazilian justice system can effectively reach out, and touch, all citizens - and especially the 'have-nots'. But, given his political orientation and membership of the 'alternative law movement', Prof Baldez might also ask whether progress to date is sufficient, particularly in relation to collective legal action, and what alternatives need to be considered. (BALDEZ, 2005).<sup>3</sup> If I may, I too wish to raise questions about the future scope of itinerant adjudication, legal service provision and the role of judges in leading change.

## 2. ISSUES EMERGING FROM HISTORICAL AND COMPARATIVE PRECEDENTS FOR 'ITINERANT JUSTICE'

I begin by looking briefly at historical and foreign experience and explain my personal interest in legal service provision for remote areas. What lessons emerge that might inform future developments?

But first I wish to be clear about the definitional issue of what exactly is meant by 'itinerant justice' (IJ). In Brazil, it seems no single, standard model for IJ prevails, which reflects the historical fact that mobile courts are creatures of individual judicial, and not executive, initiative.<sup>4</sup> For an audience of judges, IJ will no doubt be understood as being confined to mobile courts, but even here a number of different terms are in use: *Expresso da Alegria*, *Justiça das Comunidades*, *Justiça Rápida*, *Juizado Especial Volante* etc. (GAULIA, 2020, p. 199). That said, the concept of 'itinerancy' has in Brazil spread beyond the courts to include public defenders (some States now have a *Defensoria Pública Itinerante*) and also some, but not all,

<sup>3</sup> See also CARVALHO (2005).

<sup>4</sup> Such as judges José Luciano de Assis (Amapá), James Tubenchlak (Rio de Janeiro), Roosevelt Queiroz (Rondônia), Kiyochi Mori (Rondônia), Sueli Pini (Amapá), Erick Linhares (Roraima) and Ciro Darlan (Rio de Janeiro), who were the driving force behind the introduction of mobile courts (GAULIA, 2020).

law schools use itinerancy to promote experiential learning through legal clinics.<sup>5</sup> For the sake of clarity, I therefore propose that ‘itinerant legal services’ bifurcate into: (a) ‘*itinerant justice*’ (IJ) which are mobile judicial/court services; and (b) non-judicial initiatives which could be labelled ‘*proactive legal services*’ (PLS), and seen as complementary to mobile courts (IJ). PLS normally will be public sector legal services (including clinics provided by some law schools), though not exclusively so, as today some private law firms also engage in outreach to remote communities.<sup>6</sup> Both are required if citizen’s rights are to be made more effective. It is interesting to note that the former Chief Justice of Australia, Robert French, started out his career as a lawyer serving a remote community and later became President of the National Native Title Tribunal, proving that at a personal level some judges have direct experience of both forms of itinerancy (FRENCH, 2011).<sup>7</sup>

There is a third related kind of justice I shall call ‘*remote justice*’, which complements and possibly competes with, or duplicates, mobile courts that I shall not discuss in any depth here, which is becoming increasingly relevant in the aftermath of the Covid-19 pandemic.<sup>8</sup> Remote justice (which could include remote courts, conciliation and other ADR services) tend not to be mobile and usually operate from fixed locations in cities, but potentially could be based almost anywhere, including judges’ or mediators’ offices and homes, and have the capacity to reach remote geographical locations provided there is an internet or telephone connection. Unlike ‘itinerant legal services’, remote justice offers clients no direct, personal or face-to-face communication (apart from video hearings via Skype, Zoom or some other online platform) as here it is the virtual and distant nature of human contact, rather than geographical location of the service provider, that defines remoteness.

5 Not unlike the original Norwegian Jussbuss, or mobile clinics run by law students at Riga law school in Latvia, some Brazilian law schools also use vans and buses to take professors and students to peripheral locations and some law schools, I am told, have established agreements with State Courts to offer advice services alongside official itinerant justice. The Universidade Federal Fluminense (UFF) has a campus located in Oriximá (Pará) which also could be considered part of the itinerant movement (even though it operates from a fixed location) because it proactively brings legal advice services to remote clients.

6 Some private law firms in Canada are now specialising in ‘remote work’, e.g. REMOTE LAW CANADA (n. d.) and HART (2018).

7 Also worth noting is that the Chief Justice of South Australia is patron of the National Rural Law & Justice Alliance.

8 See further REMOTE COURTS WORLDWIDE (n.d.) and REMOTE JUSTICE STORIES (n.d.) projects.

My interest in PLS began soon after I left Florence when I become involved, back in the UK, with launching a rural law centre to serve rural Devon. In the early 1980's, community law centres were confined to urban deprived areas and rural deprivation was almost invisible. I was part of a team that, almost 40 years ago, in September 1981, put forward a proposal for *A Rural Law Centre* to serve a rural area and published a paper setting out a number of potential models for rural legal service delivery, the last of which was the 'peripatetic' model that utilised "a mobile unit (a converted bus or van) which travelled around the catchment area in order to reach isolated villages and communities" (ECONOMIDES, 1999, p. 65). This proposal eventually led to a major research project, the ESRC-funded *Access to Justice in Rural Britain Project*, several articles and a book co-authored with two geographers, *Justice Outside the City: Access to Legal Services in Rural Britain* (BLACKSELL, ECONOMIDES & WATKINS, 1991; ECONOMIDES & BLACKSELL, 1987). By 2001 the Devon Law Centre (a community law centre) was finally established but this closed a decade later due to lack of stable funding (I was a director of the law centre from 2001 to 2006) and during this period a *Devon Law Bus* was proposed but never became operative, again due to a lack of funds (ECONOMIDES, 2003; ECONOMIDES, 2011, p. 50-51).

As my latest article documents, PLS have flourished all over the globe and modern itinerant public legal services – including legal advice as well as court and mediation services – had already began in Norway in 1971 with the *Jussbuss*.

Since the 1980s, PLS were developed in Latin America, Africa, Australia, North America, Pakistan, Timor-Leste and the Philippines all of which, in different ways, put "justice on wheels", but probably nowhere on the scale they have evolved in Brazil where buses, boats and aircraft are deployed to help deliver judicial (and other) services to remote communities (ECONOMIDES, TIMOSHANKO & FERRAZ, 2020, p. 51-58).<sup>9</sup> Itinerant legal services invariably reflect an imaginative response from a dedicated but disparate group – that may include participation by

<sup>9</sup> For information on a Canadian itinerant court, see: CREE NATIONAL GOVERNMENT (n.d.). For a more behavioural explanation of the processes that determine how people enter the legal system, see BLANKENBURG (1984).

judges, lawyers, para-legals, social workers, legal academics, law students and community activists – determined to take law to the people, in order that the rhetoric behind the rule of law might become more of a reality and access is no longer solely dependent on one's postcode (COVERDALE, 2011). I see itinerant legal services as correcting imperfections in the legal services market and meeting legal needs that tend to be ignored by most judges and lawyers in private practice (REMOTE LAW CANADA, n. d.; HART, 2018).

As noted by Prof Mauro Cappelletti following his visit to the *11th Ibero-American Day of Procedural Law*, held in May 1988 in Rio de Janeiro,<sup>10</sup> we can also find much earlier precedents for IJ dating back to medieval times, as seen for example in the English circuits where circuit judges, or 'justices in eyre' (*justiciae errantes*),<sup>11</sup> in effect combined law and government, but often in a manner that struck fear in the population.

Itinerant judges initially aimed to centralise justice by harmonising local custom into one common law for the whole of England and in effect transferred power from local to central courts. Far from seeking access to these circuit courts, people often preferred to run away from them, as the legal historian Prof Sir John Baker<sup>12</sup> explains:

The general eyres were not merely law courts; they were itinerant government. They begat fear and awe in the entire population.... and we learn of Cornishmen fleeing to the woods to escape the eyre of 1233. Popular reaction was to kill the general eyre in the mid-fourteenth century. (BAKER, 1979, p. 15)

So, while today we think of IJ as a well-meaning, at times almost evangelical, flexible initiative designed to extend the rule of law to commu-

<sup>10</sup> Private correspondence between Professors Mauro Cappelletti and Hugo Jerke, 31 May 1988, in which Prof Cappelletti fully supports the introduction of itinerant justice in Brazil having learnt about developments from Prof Jerke: "The idea of facilitating access to justice through an itinerant justice system seems excellent to me, especially bearing in mind the geographical and social situation of a large and pluralistic country like Brazil. Moreover, it is an idea not without historical (for example, in England) and contemporary (for example, in Norway) precedents. I therefore warmly congratulate you and your colleagues for this interesting and useful initiative, and for the spirit in which you are making it."

<sup>11</sup> The word 'eyre' could be derived from the Latin word 'iter' meaning 'journey', though another possible explanation is that it comes from the old French 'oyer' meaning 'to hear'.

<sup>12</sup> See also COCKBURN (1972, p. 13-62).

nities deprived of law courts - so that they might feel the civilising effect (and practical benefits) of enjoyment of rights and fair process - , in the past not everyone saw law in this way.

But even today, Aboriginal communities, Amazonian Indians and First Nations peoples more generally often remain fearful of those who extend the reach of law, seeing it more as an instrument of colonial repression rather than a resource through which rights may be enforced. Civil justice is frequently invisible in the minds of ordinary citizens who, whenever they hear law mentioned, invariably think of criminal justice. First Nations people, as with Cornishmen in 12<sup>th</sup> century England, may well prefer to run away from the law rather than have access to it. This is in part because many Indigenous people, particularly in New Zealand and Australia, may not trust the law or lawyers, especially as they are overrepresented in prison. You may have heard stories about the ‘Stolen generations’, the children of Australian Aboriginal and Torres Strait Islander descent forcibly removed by Australian federal and state government agencies, and also by Church missions, that right up until the 1970s as part of a policy of assimilation, intended to erase their Aboriginality (LAVARCH, 2017; RANGIAH, 2019-2020).

When I visited the Australian outback on a cultural immersion tour to learn about how the Arabunna people experienced law, I was told how, in the mid-1990s, a mining company nurtured conflict between the Arabunna and Dieri Aboriginal communities about which had custodial rights over the land in order to facilitate a billion-dollar expansion of its Roxby Downs mine.<sup>13</sup> And, in early 2020, Rio Tinto destroyed a sacred, ancient Aboriginal site dating back 46,000 years.<sup>14</sup>

One hears similar stories told about the inhuman treatment of Brazilian Indians, particularly the Guarani and Yamomami, threatened by deforestation of Indigenous territory caused by large-scale mining, agricultural and livestock activities that degrades or destroys the natural environment.

My main observation here is that history, politics and culture are vital to understanding both the demand (latent and actual) for IJ. Itinerant judges

<sup>13</sup> See FOE (1995).

<sup>14</sup> See BBC (2020).



should be responsive and open to learning from those they serve. Of course, there are practical limits imposed on what proactive judges can achieve because their jurisdiction, time and resources are limited and, at a more fundamental level, some fear the erosion of democracy through ‘juristocracy’ (e.g. John SMILLIE (2006), who argues against extending judicial power at the expense of parliamentary democracy). But this is precisely why a co-ordinated, multi-disciplinary response is required and, as Marc Galanter knows from his involvement in the Bhopal disaster litigation in India in the 1980s, when he appeared as an expert witness for the Indian Government, ‘repeat players’ are skilful when it comes to avoiding responsibility (in this case tortious liability).<sup>15</sup> So who, if not judges, will hold ‘repeat players’ accountable, and to what extent can IJ move toward a different adjudicatory model that fully embraces public law litigation, such as that pioneered by Abram CHAYES (1976) back in the 1970s? IJ has limitations and should not be seen as a panacea, but to what extent do these limitations undermine the quality, value and impact of IJ and can these limitations be overcome? So, what are some of these limitations and are they shared with other itinerant experiences?

First, in situations where normal institutional support structures may be absent, there could well be a corresponding strain in maintaining ethical standards normally expected of judges, lawyers, and legal advisers. The most obvious example is confidentiality. Itinerant services are, by their very nature, conspicuous and therefore it may sometimes be difficult, if not impossible, to maintain adequate privacy for clients and service users. People with problems may fear being seen entering a bus parked on the village green and simply decide to “lump it” (avoid pursuing their dispute or claim). In close-knit, small-scale (*gemeinschaft*) communities, it may be hard to preserve confidential information.

There have been additional problems of a more technical nature. In the past mobile vans and buses were either too hot or too cold (due to inadequate air-conditioning), or had limited or irregular access to the internet (due to limited broadband coverage and internet speed) for legal advisors and adjudicators who need fast ac-

<sup>15</sup> University of Wisconsin Law School Digital Depository (n.d.).

cess to high quality and up-to-date legal information. Early mobile services in the UK were often combined with library and information services, and key legal documents were frequently physically transported to rural and remote locations.

Today this is no longer necessary and while technology has improved, particularly for the urban middle classes, serious problems of access to the internet remain for the 'have-nots' and those residing in remote areas. But with online courts and legal services becoming ever more sophisticated and a reality, and the 'digital divide' separating the technological 'haves' from the technological 'have-nots' shrinking (though many poor still have no mobile phone), technophiles may ask whether itinerant legal services, which maintain face-to-face human contact, is really worth the expense and effort. Could resources, both intellectual and material, currently invested in IJ be better deployed elsewhere (most obviously in technology)? Should we not shift our attention from geographical to technological barriers to justice, perhaps by getting judges and lawyers to detach from working in offices that occupy a particular physical space - whether this be in an urban, rural or mobile setting - in order that they can function more flexibly, and perhaps one day exclusively from home, and in cyberspace?<sup>16</sup> If so, would this work for all categories of client, and for all categories of legal problems?

To answer such questions, we need further research both to evaluate objectively achievements to date, but also to assist with future planning in order that the full potential of IJ can be realised. Let me now turn to evaluating the contribution of IJ within the broader legal system. How should success be measured?

### 3. EVALUATING THE CONTRIBUTION OF ITINERANT JUSTICE

Policymakers, and especially funders, typically measure the success of procedural reform with reference to quantifiable metrics, such as the impact on reducing caseload, costs and delay. These variables may be visible but not always easy to measure accurately (ECONOMIDES, HAUG & MCINTYRE, 2015). But we should remember too the value of dispute prevention and those cases that avoid going to court because of accurate

<sup>16</sup> See the REMOTE COURTS WORLDWIDE (n.d.) project which reports a number of initiatives in Brazil and elsewhere.

legal advice or sound judgments that establish clear precedents so that litigation becomes unnecessary.

Client satisfaction is yet another possible measure of success, but here we should bear in mind the problem of asymmetry of information: most clients are ‘one-shotters’ and not ‘repeat-players’ or legal experts, and they therefore are not in a position to make an informed judgment about the quality or accuracy of legal decision-making or professional legal advice, though client feedback on this advice could well tell us something valuable about the communication skills of their adjudicator or legal advisor. But, perhaps, not much more than that.

And we should not forget some court cases benefit broader interests beyond those of the parties most directly involved and, furthermore, that enforcing collective rights through ‘mega-litigation’ that targets the underlying causes of injustice can be highly efficient, both for courts and parties, when compared to correcting minor, perhaps trivial, individual claims. Where reformers limit themselves to the resolution of small claims, this sometimes does little to empower individuals or enhance citizenship and, as more radical critics of the justice system might argue, simply applies a ‘band-aid’ solution that in the long-run does little more than reinforce, firstly, professional power and status; and secondly, a fundamentally unequal and unjust social order (BANKOWSKI & MUNGHAM, 1976, p. 72-79).

At this point, it is instructive to remember Abel’s analysis of the politics of informal justice (ABEL, 1981). Abel recognises that informal processes can produce ‘creative conflict’, particularly if they empower and transform parties, and equally that not all forms of legal formalism are repressive.

So, we might ask, to what extent does IJ do more than secure individual documentation (marriage, birth certificates etc) that may confirm citizenship - though not necessarily access to essential services relating to health, education or housing - and deal with the collective needs of Indigenous and non-Indigenous remote communities, or environmental protection, and so engage with ‘structural’, rather than just ‘individual’ casework?

(GARTH, 1980, p. 171-202). Does reform connected with IJ in any way enhance ‘party capability’ or support ‘creative conflict’? Should it?

There is some evidence that in Brazil it can do so, including with First Nations people. The State of Roraima established a project in the Indigenous community of Maturuca (Raposo Serra do Sol) which was a “*Polo Indígena de Conciliação*” and sixteen Indigenous conciliators were trained in family issues, debts and domestic violence. Over 80% of these cases were successfully resolved through conciliation and this initiative received an award in the “*Conciliar é legal*” project held by the National Justice Council (CNJ). According to Judge Aluizio Vieira the benefits were mutual:

This pre-trial conciliation project is good both for Indigenous people as well as the Judiciary because it recognises conciliation by Indigenous communities, which is vital for respecting cultural diversity, while at the same time lowering judicial caseloads and administrative costs through diverting cases to informal conciliation mechanisms. (VIEIRA, 2019)

I wish to suggest that the real contribution of itinerant legal services, such as IJ (and also small claims courts) and PLS, is likely to be seen in their role as a ‘legal laboratory’ (ECONOMIDES, 1980), a space in which creative legal minds can experiment and improvise with new forms of adjudication, and new forms of legal service delivery, while also offering future lawyers (and sometimes clients too) the opportunity, quite literally, to learn about ‘the law in action’.<sup>17</sup>

Here in Australia, IJ is sometimes known as ‘bush courts’ and illustrates the flexibility, adaptability and creativity of judges, though - because of the racist history I alluded to earlier - some sceptics call these courts ‘apartheid courts’ (SIEGEL, 2002; MARCHETTI & DALY, 2004).<sup>18</sup> These courts may be held in very remote locations, and often are not housed in a court building, sometimes they operate in a simple tent. Cases frequently

<sup>17</sup> While these initiatives invariably benefit law students’ education, one can question just how useful they are for clients, both in terms of the quality of legal advice (how is the accuracy of student advice guaranteed?) but also in terms of whether they can meet the demand or need for legal advice, which is so great that the mobile clinic could never be more than “a drop in the ocean” (a criticism I heard made of the mobile student legal advice service offered by the University of Latvia Law Faculty in Riga in 2004).

<sup>18</sup> See also ECONOMIDES (2016, p. 158).

concern native title, do not necessarily follow standard procedures, or the conventions of court etiquette, and translators may be required. Normal rules of evidence may be suspended or adapted, but without compromising core values of the judicial process. Quite apart from resolving local disputes between parties, from a more anthropological standpoint these bush courts can raise deeper questions about what exactly is a court, and what is really required in the just resolution of disputes. The legal process frequently relies on frills and formalism, which often come with an expensive price tag, and these mobile courts force us to focus on what is essential in adjudication.

To that extent, I think we can see IJ (and itinerant legal services more generally) as a kind of 'legal laboratory' where we have the freedom to experiment with new forms of more accessible justice. So while some, particularly those fixated on technology, might argue that IJ is today obsolete, if not moribund, because they will soon be replaced by online court and dispute processing services, we should not ignore their ongoing contributions across a number of different fronts: from helping citizens navigate obscure bureaucratic and legal processes, through helping the next generation of lawyer connect with real people (and real legal problems) by exposing law students to formative clinical experiences that shape their professionalism and, finally, to helping reform the mainstream legal system itself by allowing judicial and other innovators the freedom to experiment. So, what are the future priorities and options for those wishing to strengthen IJ?

#### **4. FUTURE PLANNING: GEOGRAPHY, DIAGNOSTICS AND COMPETENCIES**

In my final comments, I want to suggest it may be time to take itinerant justice to the next level by developing another delivery model, one that goes beyond improvised solutions advanced by courageous, creative individual judges acting on impulse and initiative, toward a more strategic approach in which legal service delivery is guided by rigorous research and better planned through regional legal services committees on which stakeholder interests are represented, including Indigenous communities and

other remote consumers of legal services. Experimentation and innovation should continue, but within a new framework that can transcend individual legal needs, important as these are. New legal problems and new litigation targets need to be identified, but how?

My comments draw upon ideas for the reform of rural justice first advanced in *Justice Outside the City* (BLACKSELL, ECONOMIDES & WATKINS, 1991, p. 188-200) that call for integrated regional and central planning with a focus on policy implementation and, most recently, the ‘counter-wave’ that seeks greater recognition for Indigenous and environmental rights (ECONOMIDES, TIMOSHANKO & FERRAZ, 2020). As time is limited, I shall briefly highlight just three areas for further discussion: introduction of geographical ‘location-allocation’ models; consultative structures designed to facilitate and inform resource allocation and strategic planning for the enforcement of collective rights; and future training (continuing professional development) for judges and lawyers engaged in IJ and PLS. All three areas could have a positive and immediate impact on future policy by making itinerant legal services truly proactive, and in more than just a geographical sense.

## I Geographical ‘location-allocation’ models

It is clear that current coverage of IJ is not equal and that there are gaps in provision with some remote areas where there is no itinerancy program (ECONOMIDES, TIMOSHANKO & FERRAZ, 2020, p. 54). In fact, one consequence of IJ being the product of individual initiative is that coverage inevitably is sporadic and geographically uneven (IPEA, 2015, p. 7).<sup>19</sup> However, since 2004, following Art. 125 of the *Emenda Constitucional 45* which made IJ mandatory throughout Brazil, this coverage problem has become more pressing and remaining gaps need to be filled.

Human geographers have long been aware of this problem, but mainly in relation to the distribution of education, health and other

<sup>19</sup> For an analysis of similar problems in Australia see: LAW COUNCIL OF AUSTRALIA (2017).

public services, and therefore developed mathematical models to guide public servants as to the optimal location for schools and hospitals relative to population density and communications infrastructure. In the 1980s, we applied such techniques to determine the optimal location for para-legal services in South-west England in order to maximise resource allocation (BLACKSELL, ECONOMIDES & WATKINS, 1991, p. 191-192). These techniques have been applied in the past to guide decisions on the location of courts and, I would suggest, should be applied to planning routes and centres for itinerant legal services in all of its variant forms, from IJ to itinerant public defenders and student legal clinics (THOMAS, ROBSON & NUTTER, 1989).

## **II Consultative structures to plan legal service delivery and apply research**

While this more scientific approach to planning resource allocation is likely to be more efficient, this alone will not be enough. It is vital that legal service delivery is informed both by experts and ordinary citizens with local knowledge, and that service providers listen carefully to consumer views of potential clients, whether from Indigenous or remote communities.<sup>20</sup> State policy on legal service provision should ensure implementation of national minimal standards, but these standards must be applied flexibly, taking account of limited resources, local circumstances and legal cultures. Choices will have to be made and some regions and communities may well have quite different legal needs and priorities, depending on what most threatens the local economy or environment. Regional policy therefore will need to review local resources, infrastructure and monitor local performance but, more than this, the understanding and experience of legal needs of those at the periphery need to

---

20 There are also practical problems of conducting legal needs studies of itinerant populations, as Pascoe PLEASANCE (2020, p. 351) notes: 'Sometimes surveys are aimed at particular population groups of interest, such as those on low incomes, or living in particular localities or forms of housing. Identifying appropriate sample frames can be particularly problematic in the case of itinerant groups, or those living at the periphery of society. For example, a potential problem in Brazil, experienced in the conduct of the 2008 Australian survey ... might be effective inclusion of indigenous people; or populations such as those living within favelas.'. Note also recent attempts in Ecuador to create laws to strengthen Indigenous rights in relation to oil and mining companies control over Indigenous territory but without seeking consultation or the consent of Indigenous peoples themselves (KOENIG, 2020).

be brought to the attention of those directing resource allocation from urban centres. Regional legal services committees could provide such a forum and, I suggest, could be an invaluable conduit through which the ‘counter-wave’ might travel (BLACKSELL, ECONOMIDES & WATKINS, 1991, p.196-198; ECONOMIDES, TIMOSHANKO & FERRAZ, 2020, p. 74-84).

In Australia ‘Aboriginal Justice Agreements’ (ALLISON & CUNNEEN, 2010, p. 645) have been introduced in a number of states and territories in order to bridge the divide that separates Indigenous people from the state legal system in order to facilitate:

...strategic planning in relation to criminal justice issues affecting Aboriginal and Torres Strait Islander peoples, enabling the creation of joint justice objectives across departments and agencies. It facilitates partnerships between government and Aboriginal and Torres Strait Islander communities and organisations at multiple levels, including at the local level, to work together to develop, implement and evaluate responses to over-incarceration. It also improves accountability—setting out clear objectives and providing measurable action plans<sup>21</sup>.

These models could be exported elsewhere.

### **III Training for judges, lawyers and community workers in IJ and PLS**

Finally, I wish to allude to the issue of future training for lawyers and judges and developing a legal culture more conducive toward nurturing itinerant competencies and promoting citizenship through collective legal action.<sup>22</sup> Since the early 1980s, Brazil has, following pioneering research by Joaquim FALCÃO (1974), approved important judicial tools that facilitate the protection of diffuse and collective rights (Cappelletti’s

21 Aboriginal Justice Agreements (AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, 2018, 16.28). See also the work of Leanne Liddle in promoting an Aboriginal Justice Agreement in the Northern Territory (LIDDLE, 2020).

22 I am currently working with a social anthropologist on a report that will draw lessons from the anthropological literature for judges, legal policymakers and practitioners. This will be published next year as part of the Global Access to Justice Project. (RAMSTEDT & ECONOMIDES, forthcoming, 2021).



second wave): first, the *ação civil pública* was introduced in 1985 and followed by the *mandado de ação coletiva*, later approved by the 1988 Constitution which moved Brazil's internal legal culture toward a more collective approach for adjudication.

Despite this, Brazilian judges, according to Prof Maria Teresa SADEK (2004), remain a detached elite with 'aristocratic vestiges' - a point noted also by Prof Miguel Baldez<sup>23</sup> who thought judges inhabited an abstract world - and perhaps this cultural background should be borne in mind when explaining judicial attitudes to informal justice. While those judges that initiated IJ reforms clearly left behind the abstract world of their colleagues, and remain deeply committed to further developing mobile courts (an adaptation from earlier small claims courts), it is far from clear that those who manage the wider justice system share this same commitment to IJ, or to the (neo)constitutional ideology that supports 'making rights effective' (FARINELLI, 2009; GAULIA, 2020, p. 201-211).

Is it time to now review jurisdictional constraints on IJ that prevent or inhibit the development of new approaches for public law adjudication along the lines proposed by Chayes in the 1970s? It would seem that empirical research by Rafaela MOREIRA (2017), backed up by the IPEA Report (2015), points to four potential problem areas: judicial recruitment (attracting suitable and adaptable judges), judicial attitudes and techniques (too formal or limited to individual casework), judicial caseloads (inadequate case management) and party capability (the ability of clients to recognise the relevance of itinerant justice for their legal problems due to poor marketing). Training should help overcome some of these limitations and, at least to an outsider, it seems that EMERJ has a vital role to play in leading the reform effort. Indeed, it is clear that Judge Gaulia has already provided a platform for exactly this kind of training through her "*Projeto Justiça Cidadã*" which started around 15 years ago. This offers a 3-month training course for community leaders on the justice system which involves meetings with judges, public prosecutors, public defenders, lawyers, police-

23 Interview with Miguel Baldez (SÁ, BERNARDO & RESENDE, 2010)

men, and other public servants that participate in justice system. After the course is over, there are periodic follow-up meetings so that trainees can expand and update their knowledge of the justice system.<sup>24</sup>

## 5. CONCLUSION

Itinerant justice in Brazil is in many ways the judicial equivalent of *Médecins Sans Frontières*: independent judges, acting on their own initiative, have responded as humane professionals to try to meet the most pressing legal (and other) needs articulated by those living in remote areas. In so doing, judges have shown, contrary to Miguel Baldez's belief that they lead a cloistered existence, that through their outreach they can adapt and rise to meet new challenges.<sup>25</sup>

As with Samba, and other Brazilian dance forms such as Carimbó, Capoeira and Forró, but also ginga in football (*futebol-arte*) and the modernist architecture of Oscar Niemeyer, one can detect a distinctive, creative almost playful spirit at work here that relies heavily on the improvisation, passion and imagination so characteristic of the wider Brazilian culture. But there is also a more serious, deeper commitment to (neo)constitutional values and the rule of law that drives forward this reform effort. The next challenge, as I see it, will be to better balance individual initiative with collective planning, if possible by retaining some of the dynamism, radicalism and idealism of reformers such as Miguel Baldez, without adopting too much of the complacency, caution and cynicism of those conservatives he sought to provoke and challenge.

## BIBLIOGRAPHY

ABEL, Richard. 'Conservative Conflict and the Reproduction of Capitalism: The role of Informal Justice' (1981) 9 *International Jour. Sociology of Law* 245.

<sup>24</sup> Email from Judge Cristina Tereza Gaulia to Kim Economides, 2 November 2020.

<sup>25</sup> There is now an organisation Lawyers Without Borders (LWOB, n.d.) which has an international presence in many law schools, and also another Justice Without Borders (JWB, n.d.) which creates transnational access to legal assistance for victims of labour exploitation and human trafficking.

ALLISON, Fiona & CUNNEEN, Chris. 'The Role of Indigenous Justice Agreements in Improving Legal and Social Outcomes for Indigenous People' (2010) 32 *Sydney Law Review* 645.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Pathways to Justice—Inquiry into the Incarceration Rate of Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples* (ALRC Report 133) 'Aboriginal Justice Agreements'. 2018, Available at: <[https://www.alrc.gov.au/publication/pathways-to-justice-inquiry-into-the-incarceration-rate-of-aboriginal-and-torres-strait-islander-peoples-alrc-report-133/16-criminal-justice-targets-and-aboriginal-justice-agreements/aboriginal-justice-agreements/#\\_ftnref30](https://www.alrc.gov.au/publication/pathways-to-justice-inquiry-into-the-incarceration-rate-of-aboriginal-and-torres-strait-islander-peoples-alrc-report-133/16-criminal-justice-targets-and-aboriginal-justice-agreements/aboriginal-justice-agreements/#_ftnref30)>

BAKER, H. John. *An Introduction to English Legal History* (1979, 2nd edn, Butterworths).

BALDEZ, Miguel Lanzellotti Baldez. 'Sobre o papel do direito na sociedade capitalista. Ocupações coletivas: Direito insurgente' (1989, Centro de Defesa dos Direitos Humanos). Available at: <<https://forumjustica.vlannetwork.com/wp-content/uploads/2013/02/24135779-Miguel-Lanzellotti-Baldez-Sobre-o-papel-do-direito-na-sociedade-capitalista-direito-insurgente.pdf>>.

BANKOWSKI, Zenon & MUNGHAM, Geoff. *Images of Law* (1976, Routledge).

BBC. 'The boss of Rio Tinto resigned as a consequence of this destruction'. (Sept 11, 2020). Available at: <<https://www.bbc.com/news/world-australia-54112991>>.

BLACKSELL, Mark, ECONOMIDES Kim & WATKINS. Charles. *Justice Outside the City: Access to Legal Services in Rural Britain* (1991, Longman).

BLANKENBURG, Erhard. 'Mobilisation of the Law' (1984) 2(4). *Environment and Planning C: Government and Policy* 461.

CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Magistratura e Direito Alternativo* (2005, 7th edn, Lumen Juris).

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho* (2004, Civilização Brasileira).

CHAYES, Abram. 'The Role of the Judge in Public Law Litigation' (1976) 89 *Harvard Law Review* 1281.

COCKBURN, J S. *A History of the English Assizes 1558-1714* (1972, Cambridge UP).

COVERDALE, Richard. 'Postcode justice: rural and regional disadvantage in the administration of the law' (2011) 16(1) *Deakin Law Review* 155.

CREE NATIONAL GOVERNMENT (n.d.). Available at: <<https://www.creejustice.ca/index.php/ca/itinerant-court>>.

ECONOMIDES, Kim. 'Small Claims and Procedural Justice' (1980) 7 *British Journal of Law and Society*, 111.

\_\_\_\_\_, Kim. 'Reading the Waves of Access to Justice' (1999) 31(1) *Bracton Law Journal*.

\_\_\_\_\_, Kim. 'Devon Law Bus' May 2003, *Legal Action*, 9-10.

\_\_\_\_\_, Kim. 'Strategies for Meeting Rural Legal Needs: Lessons from Local, Regional and International Experience' (2011) 16(1) *Deakin Law Review* 47.

\_\_\_\_\_, Kim. 'On Liberating Law from the tyranny of the City' in FERRAZ, Leslie S (ed), *Repensando o Acesso à Justiça: Estudos Internacionais* (2016, Evocati), 151.

\_\_\_\_\_, Kim. & BLACKSELL, Mark. 'Access to Justice in Rural

Britain: Final Report' (1987) 16:4 *Anglo-American Law Review* 353-375.

\_\_\_\_\_. Kim, HAUG, Alfred A & MCINTYRE, Joe. 'Toward Timeliness in Civil Justice' (2015) 41:2 *Monash University Law Review* 414-444.

\_\_\_\_\_. Kim, TIMOSCHANKO, Aaron & FERRAZ, Leslie S. "Justice at the Edge: Hearing the Sound of Silence" (2020) 41(1) *Adelaide Law Review* 39.

FALCÃO, Joaquim. *Conflito de Direito de Propriedade – Invasões Urbanas* (1974, Forense).

FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. *A crise do acesso à justiça e a justiça itinerante como alternativa* (2009, Dissertação, Umuarama, Universidade Paranaense). Available at: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp124567.pdf>>.

FOE. Violence in Marree – WMC Interference (March 5, 1995). Available at: <<https://www.foe.org.au/anti-nuclear/issues/oz/u/roxby/1990s>> (n.d.).

HART, Caroline. *The Seven Elements of Successful Country Law Firms* (2018, Federation Press).

FERRARI, Philippe Cunha. *Justiça Itinerante: de barco, de ônibus e de avião: em busca da Justiça* (2017, Multifoco).

FERRAZ, Leslie. 'Brazilian Itinerant Justice: An Effective Model to Improve Access to Justice to Disadvantaged People?' in FERRAZ, Leslie (ed), *Repensando o Acesso à Justiça: Estudos Internacionais* (2016, Evocati).

FRENCH, Robert. 'Law and Justice Outside the CBD' (2011) 16(1) *Deakin Law Review* 1.

GALANTER, Marc. 'Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change' (1974) 9 *Law & Soc'y Rev* 95.

\_\_\_\_\_, Marc. 'Access to Justice in a World of Expanding Social Capability' (2010) 37(1) *Fordham Urban Law Journal* 115.

GARTH, Bryant. *Neighborhood Law Firms for the Poor* (1980, Sijthoff).

GAULIA, Cristina Tereza, *A experiência da Justiça Itinerante: o espaço de encontro da magistratura com a população brasileira* (2020, Mauad).

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil* (2013, Companhia das Letras).

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, *Democratização do Acesso à Justiça e Efetivação de Direitos: Justiça Itinerante no Brasil* (2015, IPEA Research Report).

JWB - *Justice Without Borders* (n.d.). Available at: <<https://forjusticewithoutborders.org/about/>>.

KOENIG, Kevin. Manufacturing Consent: Ecuador to Draft New Bill on the Consultation of Indigenous Peoples, Without Consulting Them. *Amazon Watch* (Nov 18, 2020). Available at: <[amazonwatch.org/news/2020/1118-manufacturing-consent-ecuador-to-draft-new-fpic-bill-without-indigenous-consultation](https://amazonwatch.org/news/2020/1118-manufacturing-consent-ecuador-to-draft-new-fpic-bill-without-indigenous-consultation)>.

LAVARCH, Michael. 'A New Stolen Generation?' (2017) 19 *Flinders Law Journal* 1.

LAW COUNCIL OF AUSTRALIA, *The Justice Project: RRR Australians* (Final Report, 2017) 7. Available at: <<https://www.lawcouncil.asn.au/files/web-pdf/Justice%20Project/Final%20Report/Rural%20Regional%20and%20Remote%20%28RRR%29%20Australians%20%28Part%201%29.pdf>>.

LIDDLE, Leanne. *Mapping Justice*. ABC News Report. Available at: <<https://www.abc.net.au/news/2020-12-15/mapping-justice-in-the-northern-territory/12918946?nw=0>>

LWOB - *Lawyers Without Borders* (n.d.). Available at: <<https://www.lawyerswithoutborders.org>>.

MARCHETTI, Elena & DALY, Kathleen. 'Indigenous courts and Justice Practices in Australia' (2004) 277 *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, 277.

MOREIRA, Rafaela Selem. *Do acesso à justiça para a cidadania à construção da cidadania para a justiça: decodificando o potencial da justiça itinerante* (2017, Tese, Niterói, Universidade Federal Fluminense).

PLEASENCE, Pascoe. 'Learning from the Paths to Justice Tradition: are Legal Needs Surveys Feasible in Brazil?' in ALVES, Cleber Francisco & GONZÁLEZ, Pedro (eds), *Defensoria Pública no Século XXI: Novos Horizontes e Desafios* (2020, 2nd edn, Lumen Juris).

RAMSTEDT, Martin & ECONOMIDES, Kim, 'Anthropological and postcolonial approaches: On socio-cultural dimensions of the access-to-justice problem and the need to learn from First Nations and Indigenous tribal peoples' - IV Global Thematic Reports, Ch.8 in *Vol.1 – A New Global Survey, Global Access to Justice Project* (forthcoming, 2021).

RANGIAH, Darryl. 'Aboriginal Natives Shall not be Counted: Legal and Societal Change 50 years on from the 1967 Referendum' (2019-20) 21:1 *Flinders Law Journal* 31.

REMOTE COURTS WORLDWIDE (n.d.). Available at: <<https://remotecourts.org>>.

REMOTE JUSTICE STORIES (n.d.). Available at: <<https://www.remotejusticestories.org>>.

REMOTE LAW CANADA (n.d.). Available at: <<https://www.remotelawcanada.com>>

RIBAS, Luiz Otávio. 'O adeus à Miguel Baldez: ícone da advocacia popular brasileira', *Brasil de Fato*, 11 June 2020.

SÁ, Eduardo, BERNARDO, Gabriel & RESENDE, Gilka. 'O direito à moradia: entrevista com Miguel Baldez', *Vai encarar?* (July, 5 2010). Available at: < <https://vaiencorar.wordpress.com/2010/07/05/em-defesa-da-moradia-popular-entrevista-com-miguel-baldez-por-fazendo-media/>>.

SADEK, Maria Tereza. 'Judiciário: mudanças e reformas' (2004) 18 (51) *Estudos Avançados* 89. Available at: <<https://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf>>.

SIEGEL, Natalie. 'Bush Courts of Remote Australia' (2002) 76(10) *Australian Law Journal* 640.

SMILLIE, John. 'Who wants Juristocracy?' (2006) 11 *Otago Law Review* 183.

THOMAS, R W, ROBSON. B T & NUTTER, R D. *County Court Workloads: A Location-Allocation Analysis* (1989, Working Paper 7, Centre for Urban Policy Studies, School of Geography, University of Manchester, UK).

VIEIRA, Aluizio. 'Ações de justiça e cidadania são levadas a indígenas de Roraima' 18 April, 2019. Available at: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7492/1/RP\\_Democratiza%C3%A7%C3%A3o\\_2015.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7492/1/RP_Democratiza%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf)>.

WISCONSIN, University of Wisconsin Law School Digital Depository. 'About Professor Marc Galanter's involvement in Bhopal' (n. d.). Available at: <<https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/page/about-marc-galanter>>.



# NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E A RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

## Maurício Avila Prazak

Professor Titular do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito. Coordenador Científico da Revista Brasileira de Direito Comercial. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela mesma instituição. Pós-Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), bem como pela Faculdade Autônoma de Direito do Estado de São Paulo (FADISP). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e Orientador nas áreas de Direito Empresarial, Direito Societário e Direito Comercial. Coordenador e professor nos Cursos de Pós-Graduação na Escola Paulista de Direito. Autor de livros e artigos especializados.

## Marcelo Negri Soares

Professor Mestrado e Doutorado. Advogado e contabilista. Orientador e pesquisador ICETI, Next Seti e FAPESP. Editor da Springer Journal para E-Law, renomada revista europeia (2019). Professor Visitante Coventry University (UK) no PPG em Direito, Administração e Negócios (2019). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar na linha Efetividade da Justiça e Direitos da Personalidade. Avaliador presencial de seminários SIAC/UFRJ (desde 2018). Avaliador Presencial de Pôsteres Conpedi (desde 2010). Pós-Doutorado pela Uninove/SP (2017). Doutor (2013) e Mestre (2005) pela PUC/SP.

## Rafael De Ataíde Aires

Possui graduação em DIREITO pela Universidade da Amazônia (2005), graduação em PEDAGOGIA pela Universidade do Estado do Pará (2003),

especialização em Metodologia da Educação Superior pela Universidade do Estado do Pará, especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Mestrando na Escola Paulista de Direito.

Recebido em: 15/10/2020

Aprovado em: 16/01/2021 e 08/02/2021

**RESUMO:** Este trabalho analisa a jurisdição constitucional no Brasil, sobretudo após a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, serão destacadas questões históricas que antecederam o neoconstitucionalismo, bem como o estudo se reportará a aspectos importantes desse fenômeno no Brasil e na Europa ocidental. É importante ressaltar que o neoconstitucionalismo será estudado principalmente na sua relação com a atuação do Poder Judiciário brasileiro, dando enfoque à atividade judicante enquanto meio garantidor dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o artigo traz noções sobre hermenêutica jurídica, destacando posições doutrinárias críticas ao positivismo jurídico. Por fim, dará ênfase ao ativismo judicial e sua relação indissociável com a judicialização política, analisando a importância de ambos os fenômenos na dinâmica do Estado Democrático de Direito no Brasil.

**PALAVRAS CHAVES:** Jurisdição Constitucional; Neoconstitucionalismo; Ativismo Judicial; Judicialização Política.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the constitutional jurisdiction in Brazil, especially after the 1988 Federal Constitution. In this sense, historical issues that preceded neoconstitutionalism will be highlighted, and the study will report the important aspects of this phenomenon in Brazil and Western Europe. It is important to emphasize that the neoconstitutionalism will be studied mainly in its relationship with the performance of the Brazilian Judiciary, focusing on the judicial activity as a means of guaranteeing fundamental rights. In this context, the article brings notions about legal hermeneutics, highlighting doctrinal positions critical to legal positivism. Finally, it will emphasize judicial activism and its inseparable relationship with political judicialization, analyzing the importance of both phenomena in the dynamics of the Democratic State of Law in Brazil.

KEY WORDS: Constitutional Jurisdiction; Neoconstitutionalism; Judicial Activism; Political Judicialization.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a destacar os principais aspectos do neoconstitucionalismo no Brasil, fazendo uma análise do contexto histórico em que surgiu. Nesse sentido, ressaltará a importância da jurisdição constitucional na redemocratização brasileira.

Algumas questões fundamentais serão levantadas com relação à hermenêutica jurídica; sobre essa temática, o artigo ressaltará a diferenciação entre regras e princípios, trazendo as posições doutrinárias baseadas nos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin.

No que tange à metodologia empregada, a pesquisa está focada em dados qualitativos, obtidos prioritariamente a partir da pesquisa doutrinária- bibliográfica, com a leitura de livros e artigos científicos.

No intuito de garantir maior objetividade ao trabalho, a pesquisa se concentrou na jurisdição constitucional brasileira pós Constituição Federal de 1988. Da mesma forma, inseridos nesse contexto, tratou dos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política.

Por fim, a pretensão principal do presente trabalho é demonstrar que é inexorável, no cenário constitucional pós Constituição de 1988, a coexistência dos fenômenos acima descritos, assim como objetiva trazer à tona que o ativismo judicial pode ser visto a partir de um ponto de vista otimista.

Esses são os problemas de pesquisa que pretendemos, com esteio no método hipotético-dedutivo, em análise doutrinária, legal e jurisprudencial, resolver neste artigo.

## 1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Inicialmente, é possível dizer que a jurisdição constitucional brasileira se caracteriza pela atividade jurisdicional estatal exercida no intuito de

contemplar dois objetivos: 1) a tutela do princípio da supremacia da Constituição e; 2) a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos (BRÊTAS, 2015).

Antes de prosseguir no estudo detido da jurisdição constitucional, é importante destacar que o instituto da Jurisdição se revela como função precípua de um dos poderes do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ensina o jurista Alexandre Freitas Câmara:

“Jurisdição é a função estatal de solucionar as causas que são submetidas ao Estado, através do processo, aplicando a solução juridicamente correta (...) e o ato jurisdicional que dá solução à causa precisa ser construído através do processo, entendido como procedimento em contraditório.” (CÂMARA, 2016).

Nessa esteira, Rosemiro Pereira Leal afirma que a jurisdição (judicção), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do processo. (LEAL, 2016).

Avançando, podemos dizer que a jurisdição constitucional se propõe ao controle de constitucionalidade das leis ordinárias. Ela também assegura a tutela constitucional do processo, dando guarida ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa), motivação das decisões estatais. Além disso, se materializa nas clássicas ações: ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, recurso extraordinário, mandado de injunção, dentre outras.

Portanto, vislumbra-se que o conceito de jurisdição constitucional é mais profundo do que fora mencionado no início deste capítulo, embora permaneça parte da doutrina entendendo-o como aquele destinado apenas ao exame de material constitucional adstrito ao Estado, objetivando o controle de atos estatais e leis ordinárias que contrariem as premissas constitucionais.

Corroborando esse entendimento restrito, Georges Abboud define a jurisdição constitucional em quatro funções primordiais: 1) limitar o Po-

der Público; 2) garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais; 3) corrigir equívocos e omissões do Poder Legislativo; e 4) conferir, em termos dogmáticos, coerência e garantir a preservação da própria autonomia do Direito, em específico a própria Constituição. (ABBOUD, 2016).

No entanto, a partir de um viés sistêmico, outra parcela da doutrina ressalta que o espectro de percepção foi dilatado significativamente, apontando que não é suficiente apenas a efetivação de direitos fundamentais no texto constitucional. Assevera que urge o implemento de um consistente e eficiente sistema de garantias e mecanismos que protejam e garantam a efetividade dos direitos, evitando ineficácia prática dos preceitos. (BRÊTAS, 2015).

Não há dúvida de que essa percepção mais ampla e sistêmica da expressão jurisdição constitucional é a mais acertada e coadunada com o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro. É possível afirmar que esse entendimento mais abrangente tem relação direta com o advento do neoconstitucionalismo, o qual ganhou força na Europa ocidental no pós Segunda Guerra Mundial. No Brasil, o surgimento teve influência direta dos ditames da Constituição Federal de 1988. (BARROSO, 2007, p. 203-250).

## 2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Um dos melhores caminhos para a compreensão do neoconstitucionalismo perpassa pela análise do momento histórico no qual ele surgiu. O percurso a ser feito nos remonta às questões sociais e econômicas que se estabeleceram na Europa Ocidental no pós Segunda Guerra Mundial e que repercutiram tempos depois, com peculiaridades próprias, em países subdesenvolvidos e de economia emergente, como o Brasil.

Em se tratando de cultura jurídica, até a Segunda Guerra Mundial, o sistema jurídico europeu se fundava na lei como fonte primeira. Portanto, a produção legisferante do Poder Legislativo era preponderante, em detrimento das normas constitucionais (ZAGREBELSK, 1992, p. 57-96).

Nesse período anterior à segunda grande guerra, as constituições europeias continham normas de caráter abstrato, servindo como ideias programáticas, podendo servir de inspiração à atuação do legislador. No entanto, na prática, não tinham prestígio e força capaz de criar ou extinguir direitos. O Judiciário não as aceitava enquanto matéria de fundamentação na defesa de direitos (ENTERRÍA, 1985, p. 41).

Nesse cenário, as próprias leis garantiam os direitos fundamentais. Já que esses direitos não tinham força em face de descasos ou omissões de forças políticas, como os parlamentos. Vale ressaltar que as maiorias nos parlamentos não significavam a representatividade fidedigna da nação, já que a escolha dos parlamentares não era feita pelo sufrágio universal.

No pós Segunda Guerra, os países europeus ocidentais deram uma guinada significativa no entendimento a respeito da importância da jurisdição constitucional para a proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os países que sofreram com regimes nazifascistas, como Itália (GUASTINI, 2007, p. 271-294) e Alemanha, assim como evoluiu em outros países que passaram por governos ditatoriais, como Portugal e Espanha.

Para evitar abusos e a volta de regimes totalitários, a legislação constitucional ganhou corpo, fortalecendo mecanismos e criando uma verdadeira rede de proteção dos direitos fundamentais. Inclusive para evitar abusos do Poder Legislativo. Destarte, vislumbrou-se uma certa semelhança entre os fundamentos do constitucionalismo europeu e o norte-americano, cuja, força normativa da Constituição historicamente se caracteriza como autêntica norma jurídica, podendo regular a legalidade do exercício do Poder Legislativo e ser usada para invalidar leis.

Um dos casos emblemáticos da força normativa constitucional americana foi a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury versus Madison*. Neste julgamento, ocorrido em 1803, o Tribunal, antes de adentrar no mérito da causa, ocupou-se da constitucionalidade de uma determinada lei.

Vejamos o caso de forma mais detalhada, nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes:

“Marshall, de forma hábil, tratou o caso pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte. Assim, apesar de a Corte ter entendido ser ilegal a conduta do Secretário de Estado Madison, por recusar-se a expedir a comissão legalmente devida a Marbury proveniente da ação do antigo presidente Adams, com aprovação da maioria do Senado, entendeu, preliminar e prejudicialmente, que carecia de competência para emitir o mandado requerido, uma vez que as competências da Suprema Corte estariam taxativamente previstas pela Constituição, não podendo a Lei Judiciária de 1789 ampliá-las” (MORAES, 2013, p. 79).

O jurista Kildare Gonçalves Carvalho também destaca em determinada obra a clássica decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

“No sistema norte-americano, a Constituição escrita e rígida posiciona-se com superioridade diante das demais normas positivas. Assim, ou a Constituição anula os atos legislativos contrários a ela ou as leis, podendo modificá-la, tornam incontrolável o Poder Legislativo. Cabe ao Judiciário a competência para deixar de aplicar as normas inconstitucionais. Os fundamentos do controle de constitucionalidade, por órgãos judiciários, foram lançados pelo Chief Justice John Marshall, em 1803, no julgamento do caso Marbury v. Madison. Nesse julgamento ficou expresso que uma lei do Congresso, quando contrária à Constituição, carece de validade.” (CARVALHO, 2008).

Realmente esse é um caso muito comentado na doutrina enquanto parâmetro para entendermos a origem do constitucionalismo dos EUA. Além disso, é importante aqui destacá-lo porque o seu núcleo guarda semelhança não só com o sistema europeu, mas também com o brasileiro, que foi influenciado pela ideia da supremacia da Constituição. Logo, é clara a sua relação com o controle de constitucionalidade brasileiro.

No neoconstitucionalismo, a rigidez clássica da tripartição dos poderes sofre uma relativização, de modo que a imposição de limites rígidos à

atuação do Poder Judiciário se afrouxa, dando vez a outras visões. Sendo assim, o ativismo judicial ganha espaço em prol dos valores constitucionais (ALEXY, 1993).

Também é possível afirmar que ocorreu uma certa inversão no que tange ao grau de importância da lei codificada e da norma constitucional, pois as constituições passaram a ser o centro do ordenamento, enquanto que a lei formal deixou de ser a principal fonte do Direito, perdendo força na influência da ordem jurídica.

O neoconstitucionalismo trouxe à tona a normatização de princípios, estes, por sua vez, carregados de preceitos axiológicos, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social. Em razão dessa carga valorativa, o neoconstitucionalismo deu asas ao debate moral no Direito. É certo que aqui reside uma das maiores divergências internas nas fileiras do neoconstitucionalismo. (DWORKIN, 1996).

Na realidade neoconstitucionalista, há um estímulo à interpretação, justamente em função da inclusão massiva de princípios e valores nas constituições. Os juízos se expandem, concedendo lastro aos profissionais do direito, especialmente magistrados, os quais se deparam com preceitos impregnados de conteúdo moral. Diante disso, no momento de julgar, buscam a solução mais adequada, muitas vezes usando até mais da moral do que do direito propriamente dito.

Portanto, nessa mudança de paradigma, fica evidente que a linha fronteira entre Direito e Moral torna-se muito mais tênue, em razão da incorporação dos princípios e valores pela Constituição.

Como não poderia ser diferente, no neoconstitucionalismo, o papel jurisdicional ganha amplitude, passando a ser muito mais visado e criticado. Logo, os juízes assumem posição de vanguarda, mesmo aqueles que consideram a toga um sacerdócio.

Quero dizer que, nessa nova conjuntura, todos os magistrados estão sujeitos a serem classificados como mais ou menos neoconstitucionalis-



tas, dependendo do peso valorativo e/ou moral de sua decisão, especialmente quando se trata de casos difíceis e mais ainda quando o julgamento diz respeito a questões que geram comoção na opinião pública, como, por exemplo, descriminalização de aborto, casamento homoafetivo, liberdade de expressão, dentre outros.

Esse foco exacerbado destinado ao Poder Judiciário sugere que ele possa estar se intrometendo na função de outros poderes.

Da mesma forma, o olhar voltado para o poder judicante ocasiona críticas diversas. As mais comuns são aquelas que acusam o Judiciário associado ao neoconstitucionalismo de ser elitista e indiferente à democracia. Todavia, há quem defenda que o neoconstitucionalismo possibilita a aplicação de ideais humanistas através da ação engajada dos juízes, podendo, inclusive, proporcionar a emancipação humana pela via da prestação jurisdicional.

## **2.1 Neoconstitucionalismo no Brasil**

No Brasil, o neoconstitucionalismo na história do ordenamento jurídico somente se corporificou a partir da Constituição Federal de 1988. Portanto, algumas décadas após o início do advento do fenômeno da Europa ocidental.

Pode parecer estranha essa afirmativa porque o Brasil teve várias constituições antes de 1988. No entanto, as anteriores não se revestiam de valores humanistas além dos textos. Ou seja, na prática, serviam a determinados interesses, principalmente econômicos e políticos.

Para exemplificar o descompasso, podemos falar apenas do século XX. Neste, por mais de 30 (trinta) anos, isto é, por mais de 1/3 do século, as constituições brasileiras deram sustentação para atos não democráticos. Nesse sentido, temos a Constituição de 1937, conhecida como a do Estado Novo. Foi inspirada no modelo fascista e em outros modelos autoritários existentes na Europa, como a Constituição Polonesa, de 1935, a Constituição portuguesa, de 1933, e a italiana fascista “Carta Del Lavoro” (CASTRO, 2010).

Tal constituição surgiu de um golpe militar, comandando pelo Presidente Getúlio Vargas:

“Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937.

Entre as principais medidas adotadas, destacam-se: instituição da pena de morte; supressão da liberdade partidária e da liberdade de imprensa; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; prisão e exílio de opositores do governo; e eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos”.

Os mandamentos desse texto constitucional antidemocrático perderam até 1945, com a destituição de Vargas, que se deu em 29 de outubro de 1945, tendo assumido a presidência o ministro José Linhares, que presidiu à época o Supremo Tribunal Federal (STF).

Uma nova Constituição, de cunho democrático, só foi promulgada praticamente um ano após o governo ditatorial ser destituído, datando a carta de 18 de setembro de 1946. Portanto, de 1937 a 1946, o país ficou praticamente 10 (dez) anos sem a proteção de normas constitucionais que realmente fossem revestidas de preceitos humanistas. Muito pelo contrário, pois o texto da Constituição de 1937 era assombroso, claramente contrário às instituições democráticas, sendo até então a mais autoritária da história (CUNHA, 2001).

Para explicar outro exemplo marcante de pobreza de valores, destaca-se o período ditatorial que se estendeu de 1964 até 1985. Aí se foram mais 25 (vinte e cinco) anos sem correspondência entre a normativa constitucional e os anseios republicanos.

No período entre 1964 e 1967, não havia constituição, apenas atos institucionais, explicitamente alheios aos direitos humanos fundamentais:

“...o Ato Institucional n.º 1 suspendeu as garantias constitucionais ou legais da vitaliciedade e estabilidade dos juízes e permitiu a cassação dos mandatos legislativos e a suspensão dos direitos políticos. O Ato Institucional n.º 2 extinguiu os partidos políticos e deu poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. O Ato n.º 4 convocou o Congresso Nacional para discutir e votar um novo texto Constitucional.” (BREGA FILHO, 2002).

Após essa avalanche de atos violadores de direitos fundamentais, tivemos a Constituição Federal de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967, de caráter eminentemente autoritário, que deu sustentação à violação mencionada, por parte do regime militar.

Mesmo após a vigência da carta, a nação brasileira foi assolada por decretos-lei e por um ato institucional cruel, o qual conferia chancela para os militares violarem de forma mais acintosa os direitos humanos, o famoso AI-5, (BASTOS, 2000), que proibiu qualquer reunião de cunho político, institucionalizou a censura aos meios de comunicação, estendendo-se à música, ao teatro e ao cinema. No plano jurídico, suspendeu o *habeas corpus* para os denominados crimes políticos, dentre outras determinações excludentes de direitos básicos.

Seguindo a linha da restrição expressa dos direitos fundamentais, os militares impuseram a Emenda n.º 1 de 1969, ratificando a política de alijamento de direitos fundamentais. Para alguns, tratou-se de uma nova carta magna (MORAES, 1997, p. 34). Todavia, não se entrará nesse mérito, pois não é o objetivo do trabalho.

Quanto à intenção dos militares com a referida emenda, a autora Flávia Lages de Castro se posiciona:

“Para tentar continuar a falácia democrática, era necessário, minimamente, reestruturar a Constituição de 1967, que tinha sido atropelada pelo AI-5 e por uma grande quantidade de Decretos-Lei e outras legislações. ....(omissis)....

Mas não era uma Constituição Nova, era composta por longos blocos não revistos da Constituição de 1967 e de alterações básicas que

aumentavam ainda mais o Poder do Executivo, fortalecendo a Lei de Segurança Nacional. A Emenda previa a diminuição de representação na Câmara dos Deputados e nas Assembléias Legislativas Estaduais. O alcance das imunidades parlamentares era reduzido (na prática não existia há muito tempo).” (CASTRO, 2010).

Logo, o ataque ao estado democrático de direito somente se intensificou e assim permaneceu, com a supressão dos direitos humanos fundamentais até o final do regime militar ditatorial.

Findo esse período de desrespeito ao regime democrático, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada uma nova Constituição. Essa carta que está vigente até hoje trouxe um texto de vanguarda, garantindo um extenso rol de direitos fundamentais.

Tal Constituição, pela sua bagagem de direitos humanos fundamentais, foi elogiada no mundo todo, pois preparou o país para o retorno da democracia e colocou à disposição da nação condições para o exercício da cidadania.

Nesse sentido, apresentou-se carregada de direitos fundamentais de várias gerações, a exemplo dos direitos individuais (de primeira geração), dos direitos sociais (de segunda geração), assim como os direitos de solidariedade (de terceira geração) (BONAVIDES, 2006, p. 571-572). A Constituição Federal de 1988 deu destaque aos Direitos Fundamentais; prova disso é a posição e a disposição deles no texto constitucional. Eles passaram a ser previstos antes da organização dos Estados e dos poderes. Logo, de forma intencional, o legislador constituinte prestigiou os Direitos Fundamentais, dispondo-os de acordo com a sua importância (FERREIRA FILHO, 1997).

Imbuída desse espírito de valores e seguindo a linha das constituições modernas, a Constituição Federal recepcionou a ideia de que existem direitos fundamentais decorrentes de tratados internacionais, conforme o artigo 5.º, § 2.º.

Ainda nessa esteira, no § 3º do mesmo artigo, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, dispôs que os tratados

que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, terão valor de Emendas Constitucionais.

Ressalta-se que a Constituição vigente, mesmo diante do belo trabalho dos constituintes originários, continuou em busca da sedimentação dos pilares dos direitos humanos fundamentais, como se provou com as inovações acima destacadas, advindas da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.

## 2.2 Judiciário brasileiro e o Neoconstitucionalismo

Considerando que a mencionada Emenda ficou conhecida como a reforma do Poder Judiciário, aproveito o ensejo para trazer o foco para outro conteúdo deste trabalho, que é justamente a análise da função judicante inserida no paradigma neoconstitucionalista.

Diante de toda essa carga axiológica contida nas normas constitucionais e com a força normativa que as constituições ganharam no pós Segunda Guerra e, no caso do Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Judiciário se viu numa posição de instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a exposição dos juízes a questões morais, políticas e sociais é frequente. Nesse cenário, o Poder Judiciário está sujeito a todo tipo de crítica. Por exemplo, alguns entendem que determinadas decisões judiciais acabam caracterizando usurpação da atividade-fim de outro Poder. Outra crítica enfrentada é no sentido de que o papel de protetor da legalidade do juiz às vezes extrapola o razoável. Quem defende essa ideia, dentre outras coisas, justifica que o magistrado não foi eleito pelo voto popular e, por conta disso, a sua decisão não poderia modificar ou anular determinada decisão do Executivo ou do Legislativo. Tais críticas já ganharam nome e conceitos, conhecidos como judicialização da política e ativismo judicial.

A judicialização está relacionada com a função política que assumiu o Judiciário, de acordo com o seu papel fomentador da efetivação dos direi-

tos fundamentais. Principalmente quando engaja o protagonismo diante da inércia dos demais Poderes.

Em razão disso é que o Poder Judiciário passou ter papel político, pois passou a atuar de forma mais proativa, a fim de efetivar os valores constitucionais e suprir omissão dos demais Poderes.

Para Barroso, esse fenômeno jurídico no Brasil deriva

[ ] sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial. (BARROSO, 2014).

Como mencionado no excerto transcrito, o que vai nos dizer se a judicialização se revestirá de ativismo judicial é a forma como serão construídas essas decisões, proferidas principalmente nos chamados *hards cases*. É nesse ambiente que ganham importância os métodos de interpretação, a utilização pelos magistrados da hermenêutica jurídica.

### 3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A ideia deste tópico não é se aprofundar de forma detida na teoria hermenêutica, e sim chamar a atenção para a relação com o ativismo ju-

dicial, que é o tema nuclear deste trabalho. Quando se trata desse tema, é inevitável falar de *easy cases*(casos fáceis) e *hard cases*(caso difíceis) .

Normalmente, o *easy case* é tido como aquele caso que não demanda um exercício apurado de interpretação, bastando a dedução ou subsunção direta ao texto da lei. Enquanto que os *hard cases* demandariam uma elaboração interpretativa mais sofisticada para se chegar a um sentido.

Outra situação que é comum é a associação que se faz dos *easy cases* com as regras, e dos *hard cases* com os princípios. Quanto a esse tema, mais uma vez se conclui que, para se aplicar uma regra, é suficiente a utilização do método subsuntivo, mas no que tange à aplicação de um princípio, o adequado seria o manuseio de teoria argumentativas.

### 3.1 Robert Alexy

Nessa esteira, quando se fala em regras e princípios, é importante trazer o entendimento de um dos doutrinadores de mais referência no tema, o jurista Robert Alexy. Para ele, os princípios são normas que funcionam como mandados de otimização, já que se caracterizam pela possibilidade de ser aplicados de acordo com as nuances fáticas e jurídicas do contexto da aplicação. (ALEXY, 1993).

Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. O seu mandamento é definitivo, é válido ou inválido, não variando de acordo com os pontos de vista distintos dos intérpretes. Logo, a partir do momento em que uma regra é válida, deve-se seguir exatamente o que ela determina.

Seguindo a lição de Alexy, é importante ressaltar a ideia que ele traz sobre a colisão de princípios, assim como a noção sobre o resultado da disputa entre duas regras colidentes. Segundo a metáfora utilizada por ele, no caso envolvendo princípios colidentes, resolve-se através de um sopesamento, visando a um resultado ideal. Tal resultado dependerá das peculiaridades do caso concreto, ou seja, das questões fáticas e de direito que o envolve. Nessa equação, um princípio se sobressairá sobre o outro. No entanto, não significa que o princípio prevalecente derrotará ou extinguirá o outro. (FARIAS, 2000).

Por outro lado, as regras tendem a gerar uma repulsa imediata quando confrontadas com outra. Já que, diferentemente dos princípios, não se resolvem por meio do sopesamento, e sim pelo tudo ou nada.

Outro jurista que, como Alexy, entende que há distinção entre princípios e regras é Ronald Dworkin. Tanto um quanto o outro defendem a tese da separação qualitativa existente entre princípios e regras.

### 3.2 Ronald Dworkin

Dworkin assevera que regras e princípios coexistem lado a lado, mas possuem dimensões diferentes. No seu entendimento, as regras possuem somente a dimensão de validade; para ele, uma regra se aplica inteiramente a um caso concreto ou não se aplica. Já em relação aos princípios, argumenta que possuem a dimensão do *peso*. (DWORKIN, 2002).

Diante dessa compreensão, os princípios são tidos como normas de espectro ampliado, com forte carga significativa e valorativa. Sendo assim, pontua que não são passíveis de análise sob o enfoque da validade.

Seguindo essa linha de pensamento, as regras, quando colocadas frente a frente, tendem a se anular ou a se invalidar. Já na ocorrência de embate entre princípios, não se julga pela validade. Leva-se em consideração o peso, prevalecendo o princípio mais adequado àquele caso concreto.

Todavia, ressalta-se que o princípio que deixou de ser aplicado não se torna inválido ou perde importância. A sua existência permanece intacta, tanto que, em outras situações, poderá prevalecer quando em colisão com o mesmo princípio.

Sobre Dworkin, é importante destacar que ele foi crítico ferrenho do positivismo jurídico, pois o entendia como um sistema fundado rigidamente nas regras. Dessa feita, considerava que o positivismo não estava preparado para dirimir o *hards cases*, argumentando que, nessas questões, os magistrados poderiam não encontrar uma regra jurídica capaz de fundamentar sua decisão. Vendo-se nessa situação, partiriam para a discricionariedade, criando um direito novo. (DWORKIN, 2002).



Para nosso tema, é importante falar sobre esse posicionamento de Ronald Dworkin, especialmente no que respeita à crítica que ele faz à discricionariedade judicial, pois essa expressão está intimamente relacionada com o ativismo judicial. Esse é justamente o tema que será discutido de forma mais detida no próximo tópico.

#### **4. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL**

O que seria o ativismo judicial e por que esse tema vem sendo tão debatido nas últimas décadas no Brasil?

O ativismo é tido como aquela ação do Judiciário que, sob o pretexto de garantir a concretização de direitos fundamentais, produz decisões muitas vezes baseadas em ideologias políticas, na moral, religião ou em qualquer outra. Assim, esquecem-se que as decisões jurídicas deveriam atender aos ditames democráticos e constitucionais, pois é inadmissível no Estado Democrático de Direito um Poder Judiciário que promove decisões derivadas de entendimentos privados de seus órgãos. No entanto, decisões ativistas tem sido comuns no Brasil, principalmente na Suprema Corte.

Elival da Silva Ramos define o Ativismo Judicial como

“[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturalização da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez que tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade) quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”. (RAMOS, 2010).

O tema vem ganhando cada vez mais destaque justamente porque o ativismo tem como vetor os tribunais superiores, com mais evidência o Supremo Tribunal Federal, órgão esse que atualmente vem ganhando visibilidade excessiva na sociedade. Creio que isso se dá por diversos motivos, um deles é o aumento do interesse da população por assuntos políticos, que a leva buscar conhecer aqueles que em muitos casos definem que rumo deverá tomar uma determinada questão que possa influenciar no seu cotidiano.

Outro motivo é a própria exposição midiática do STF, seja porque seus julgamentos são televisionados em tempo real, seja porque o órgão expõe suas decisões em todas as redes sociais e até porque alguns de seus juízes falam abertamente sobre questões de impacto político e social.

Respondidas as perguntas do início do capítulo, é importante falar de outra questão que tem estreita relação com o ativismo judicial, qual seja, a judicialização da política.

Esse fenômeno tem a ver com o protagonismo assumido pela jurisdição quando surgem demandas sociais de cunho político não solucionadas pelos poderes Legislativo e Executivo, deixando a cargo da jurisdição constitucional resolver.

É justamente essa dinâmica de transferência de atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, em situações que urge a concretização de direitos fundamentais, que se denomina de judicialização da política.

Notadamente, a referida dinâmica é fruto da construção histórica da nossa Constituição Federal de 1988, a qual remonta à transição de um regime ditatorial para um regime democrático.

Sobre esse tema, é importante a lição do jurista Lênio Streck:

“A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume Constituições cujos textos positivaram os direitos fundamen-

tais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.” (STRECK, 2003, p. 257-301).

De acordo com a exposição do referido doutrinador, verifica-se que esse contexto histórico deu vazão ao surgimento do ativismo judicial e da judicialização da política, pois tanto um quanto o outro se coadunam com essa perspectiva de estabilização do Estado Democrático de Direito.

Feito esses apontamentos, entendo caber mais uma pergunta. Poderia ser dito que o ativismo judicial e a judicialização da política são prejudiciais à democracia?

Creio que não; a ocorrência de ambos os fenômenos não pode ser considerada por si só prejudicial.

Eles são corolários de um momento histórico em que as Constituições se tornaram o norte do ordenamento jurídico, bem como se devem ao protagonismo assumido pelos Tribunais Constitucionais nesse contexto de afirmação das Constituições.

Diante disso, devemos entendê-los com naturalidade nesse novo cenário, que na Europa ocidental teve início no pós Segunda Guerra, enquanto que no Brasil, deu-se no período de redemocratização, pós Constituição Federal de 1988.

A judicialização é importante para as democracias modernas. Em determinadas situações, o Judiciário inevitavelmente será chamado para decidir de forma definitiva em questões de grande relevância social, política ou moral. Circunstâncias várias levam a isso, e o próprio sistema jurídico comporta tal atuação. De modo que não pode ser entendido, genericamente, como usurpação das funções típicas dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesse contexto, vislumbra-se a presença da judicialização da política como consequência da afirmação da Jurisdição Constitucional, a qual se torna vetor da efetivação dos direitos fundamentais e garantidora da vontade da Constituição Federal.

Acompanhando a jurisdição constitucional, surgiu uma nova hermenêutica constitucional, que atribui aos juízes e tribunais ferramentas interpretativas capazes de tornar realidade a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo a concepção de Nelson e Medeiros:

Para a realização dessa nova hermenêutica, as possibilidades de atuação do Poder Judiciário se alargam, promovendo resultados cujo fim seja a melhor aplicação direitos fundamentais, princípios e valores que venham a colidir. As técnicas de interpretação, primordialmente as utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, refletem, dessa forma, a exigência constitucional e social de concretização dos direitos fundamentais, no contexto da realidade social e da força normativa da Constituição. (NELSON; MEDEIROS, 2015).

Diante desse contexto que congrega a jurisdição constitucional, a hermenêutica, a função social dos poderes na efetivação dos direitos fundamentais, é importante ponderar algumas questões específicas da realidade brasileira no que respeita à Judicialização da Política e ao Ativismo Judicial.

#### **4.1 Considerações sobre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial na Realidade Brasileira**

Diante destas considerações, parece-me que realmente a emersão da judicialização da política é inexorável, independentemente da composição

dos poderes instalados e tampouco de anseios privados. Logo, a sua existência não é sinônimo de abalo das instituições democráticas. Somente seria se a atuação do Judiciário invadisse de forma arbitrária a seara dos demais Poderes, causando uma quebra do sistema de freios e contrapesos.

No que tange ao ativismo judicial, também há de se ter cautela antes de tratar do assunto como algo que seja avesso ao Estado Democrático de Direito. Digo isso porque normalmente essa expressão é utilizada para se referir a excessos do poder judicante.

Quando se fala em ativismo judicial, quase de imediato, vem à cabeça a ideia de um provimento judicial decorrente de um entendimento alheio à lei ou a um princípio, baseado em posição política ou moral, por exemplo.

Porém creio que o ativismo não está fadado a essa única conotação. Ele não é contrário às instituições democráticas, como pode se imaginar à primeira vista. Tal fenômeno faz parte do jogo político e tem papel de destaque na garantia e efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, os juízes e Tribunais devem atuar em consonância com a ordem constitucional pré-estabelecida; nem mais nem menos. Se assim for, o ativismo judicial estará cumprindo sua função. Inclusive quando é instado a se manifestar sobre questões polêmicas, como as políticas de apelo social. Uma decisão nessas circunstâncias não necessariamente será censurável. Justamente porque é sua função precípua agir em prol da consecução dos fins da Constituição.

Se a decisão, proferida nas mencionadas questões polêmicas, atender aos mandamentos constitucionais e sem a interferências de ideologias e interesses privados, o ativismo judicial estará funcionando perfeitamente.

Registra-se que essa possibilidade de o Judiciário agir de forma proativa em determinadas situações é necessária, visando à garantia dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o papel do ativismo judicial seria às avessas, contrário as constituições democráticas, quando se revela em decisões sem fundamentação, fora dos parâmetros do ordenamento jurídico.

Sendo assim, percebe-se que o ativismo judicial e a judicialização da política sempre estarão lado a lado no ambiente jurídico e político nacional. Desde que haja o equilíbrio desse ambiente institucional democrático, os três Poderes conviverão harmoniosamente.

## CONCLUSÃO

Conclui-se que o neoconstitucionalismo brasileiro apresenta características próprias, em razão de ter surgido após um longo período de ditadura militar, com graves privações dos direitos fundamentais. Isso, de certa forma, atraiu para o Poder Judiciário um papel de regulador entre os poderes.

Diante disso, especialmente, a jurisdição constitucional assumiu o papel de garantidora dos direitos fundamentais diante da sociedade. Em determinados momentos, esse papel é cobrado pela omissão ou incompetência do Executivo e Legislativo.

Justamente em função disso, ganham força a judicialização da política e o ativismo judicial, como fenômenos inevitáveis, corolários do neoconstitucionalismo recente, a partir da perspectiva histórica.

Considerando esse fato, o presente trabalho se propôs a trazer uma visão que não seja de um todo pessimista quando se aborda o tema. Pelo contrário, atenta para a questão de que a judicialização da política e o ativismo judicial estão em plena atividade na realidade brasileira, podendo, dependendo do ponto de vista, ser vistos de forma otimista.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993; Aulis Aarnio. *Lo Racional como Razonable*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-250.

BARROSO, Luiz Roberto. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A TÊNUE FRONTEIRA ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA. In: *Migalhas*. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 03 julho 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 21ª edição, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro, 2ª ed. São Paulo:Atlas, 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição : direito constitucional positivo. Belo Horizonte. Del Rey, 2008.

CASTRO, Flávia Lages de. História do Direito Geral e Brasil, 8ª edição., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e do Brasil*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Uma breve história das Constituições do Brasil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm>. Acesso: 04 julho 2020.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as Constituições do Brasil – Edição Comentada*. Campinas/SP: Bookseller, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Ou Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

DWORKIN, Ronald. "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise," in *Freedom's Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed., Madrid: Civitas, 1985, p. 41.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUASTINI, Ricardo. "A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana". In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. *Op. cit.*, p. 271-294.



LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos. 13a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais, São Paulo, Atlas 2013, p. 79).

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo, atlas, 1997. P.34

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. In: *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ- RFD*, N. 27, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.12957/rfd.2015.12339>>. Acesso em: 04 julho 2020

STRECK, Lênio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba, v. 17, n.3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 03 julho 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 57-96.

# REFLEXÕES DA INCIDÊNCIA DA PANDEMIA NO DIREITO DO TRABALHO

**Rafael Menguer Bykowski dos Santos**

Bacharelado em Direito na Faculdade de Direito de Franca/SP. Graduando em Superior de Tecnologia em Gestão de Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro na Universidade Paulista/SP. Auxiliar de Cartório no Registro Civil de Pessoas Naturais de Pedregulho/SP. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Agrário da Faculdade de Direito de Franca/SP. Pesquisador do Laboratório de Relações Internacionais da UNESP “Campus de Franca”/SP. Pesquisador de Iniciação Científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Faculdade de Direito de Franca/SP - 2020/2021, sob a Linha de Pesquisa - Direito, Inovação e Desenvolvimento, sob o projeto de pesquisa “As alterações ocorridas com a Promulgação da Lei n.º 13.874/2019 no direito brasileiro e as consequências para a sociedade brasileira contemporânea”.

Recebido em: 27/11/2020

Aprovado em: 20/01/2021 e 26/01/2021

**RESUMO:** As alterações decorrentes da pandemia acarretaram um processo de modificações intensas em todo o corpo jurídico brasileiro. Sendo a pandemia de caráter global e trazendo transformações administrativas e legislativas intensas, por motivos de precaução e urgência, para as normas estatais em caráter nacional e global. Dessa forma, faz-se necessário o estudo e a delimitação do problema dentro do ponto de vista teórico do presente estudo. O estudo baseou-se nas modificações ocorridas no Direito do Trabalho advindas do período de calamidade pública decretada nas esferas federal, estadual e municipal. O estudo teve uma metodologia de análise de conteúdo bibliográfico e documental, da mesma forma do método dedutivo para a solução de problemas relacionados ao raciocínio lógico sistemático. A investigação teve como objetivo analisar as

propostas e medidas estabelecidas em território nacional, especialmente na esfera trabalhista, abordando suas alterações mais relevantes, dentro do paradigma jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVES:** Pandemia. Trabalho. Direito do Trabalho. Modificações legais. Modificações administrativas.

**ABSTRACT:** The changes resulting from the pandemic led to a process of intense changes in the entire Brazilian legal body. Since the pandemic is of a global character and bringing intense administrative and legislative changes, for reasons of precaution and urgency, to the national and global state rules. Thus, it is necessary to study and delimit the problem within the theoretical point of view of the present study. The study was based on changes in labor law arising from the period of public calamity decreed at the federal, state and municipal levels. The study had a methodology for analyzing bibliographic and documentary content, in the same way as the deductive method for solving problems related to systematic logical reasoning. The investigation aimed to analyze the proposals and measures established in the national territory, especially in the labor sphere, addressing its most relevant changes, within the Brazilian legal paradigm.

**KEYWORDS:** Pandemic. Job. Labor Law. Legal changes. Administrative changes.

## 1. INTRODUÇÃO

As modificações legislativas, administrativas e judiciais nas esferas federal e estadual em decorrência da pandemia da COVID-19, ocorrem diariamente, sendo de grande relevância para o mundo jurídico a análise de suas alterações em todos os níveis do corpo jurídico nacional.

A nível organizacional, a estrutura atual passa por modificações independentemente das posturas dos órgãos dirigentes com relação às suas atribuições. Do mesmo modo, novos modelos estruturais determinam novas proposições. Acima de tudo, é fundamental ressaltar que a contínua

expansão da pandemia pode nos levar a considerar a reestruturação das direções preferenciais no sentido do desenvolvimento econômico e social.

Por outro lado, a constante divulgação das informações facilita a criação dos métodos utilizados para a avaliação de resultados, estabelecendo-se, gradativamente, que a execução dos pontos preconizados nas novas normas legais e administrativas venham a ressaltar as medidas emergenciais.

Este trabalho analisou a situação do Direito Trabalhista diante da pandemia do coronavírus, sendo que para atingir o escopo da investigação, foi realizada uma extensa pesquisa bibliográfica e documental, bem como utilizado o método hipotético-dedutivo de análise do material, coadunando tais aspectos a uma exploração da doutrina relacionada ao problema.

Como referencial teórico, a pesquisa buscou a investigação do Direito do Trabalho e suas alterações no ambiente trabalhista, em face da pandemia ocorrendo no Brasil e no mundo, e como seu progresso de contaminação acarretou modificações legislativas, principalmente no gerenciamento do Direito Trabalhista. Os aspectos mais relevantes dessas alterações, as vantagens e desvantagens dessas mudanças advindas do estado de calamidade são investigados neste estudo.

O trabalho apresenta as modificações ocorridas no ambiente de trabalho e no Direito Trabalhista em face do período de calamidade. Dessa forma, foram abordados a legislação e os decretos mais relevantes aplicados, com a finalidade de analisar e estudar quais alterações foram propostas e as que vigoram atualmente, sendo que, conforme o tempo, novas modificações alteram gradativamente a linha mencionada, bem como toda a legislação nacional.

## **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PANDEMIA**

O número de casos de COVID-19 na América Latina resultou-a como o epicentro da pandemia do coronavírus, sendo o Brasil seu principal ponto de disseminação. Os esforços do Brasil contra o vírus foram prejudicados pela polarização política brasileira.

Nos últimos meses, a política tem sido maior que a pandemia. Isso não quer dizer que a crise da saúde seja menos importante, mas a magnitude dos escândalos políticos é muito grande, e as implicações, legais e administrativas, gigantescas.

Nunca é demais lembrar o peso e o significado desses problemas, uma vez que possibilita uma melhor visão global do impacto na agilidade decisória. Acima de tudo, é fundamental ressaltar que os fatores subjetivos legais se associam às direções preferenciais no sentido do progresso.

O empenho em analisar a hegemonia do ambiente político pode nos levar a considerar a reestruturação dos procedimentos adotados. No entanto, não se pode esquecer que a pandemia causa impacto direto na reavaliação do sistema trabalhista.

Os novos modelos estruturais apontam para a melhoria da situação de calamidade pública. Lembrando que o peso e o significado desse problema requer políticas rápidas e efetivas possibilitando uma melhor visão global para atingir a excelência.

Por conseguinte, o surgimento do comércio virtual cumpre um papel essencial na formulação dos relacionamentos verticais entre o empregado e o empregador. É importante questionar o quanto o julgamento imparcial das eventualidades obstaculiza a apreciação da importância das diretrizes de desenvolvimento para o futuro.

Pensando mais a longo prazo, a revolução dos costumes desafia a capacidade de equalização dos modos de operação convencionais. Nesse sentido, a crescente influência da mídia ressalta a relatividade das formas de ações realizadas pelo governo.

Dessa forma, vários decretos e medidas foram sendo estabelecidos em todos os estados e municípios brasileiros de forma diária, dos meses de fevereiro e março até os dias atuais. Os governadores e prefeitos, alteram suas medidas e decretos a todo o momento, em decorrência da pandemia.

### 3. ALTERAÇÕES NO AMBIENTE DE TRABALHO

A pandemia, causada pela COVID-19, transmitida através do contato entre indivíduos, gerou infecção entre trabalhadores, bem como casos suspeitos, o que gerou a suspensão de vários centros de produção de produtos e serviços. Dessa forma, devido a essa situação, todos os indivíduos foram incentivados a procurar aconselhamento médico. Portanto, surgiu o Projeto de Lei (PL) n.º 702, de autoria do Deputado Alexandre Padilha, com a finalidade de dispensar a apresentação de atestado médico para justificar a ausência do trabalhador infectado com o coronavírus ou que tenha tido contato com pacientes. Atualmente o PL se encontra em análise do veto presidencial pelo Congresso Nacional.

De outro bordo, temos a suspensão das atividades durante o estado de calamidade, os decretos estaduais em todos os estados implementaram medidas que restringem a circulação de pessoas. A nível federal, o Decreto n.º 10.282, de 20 de março de 2020, definiu o conceito de atividades essenciais e serviços públicos, passando conforme o tempo por diversas modificações. Dessa forma, foi recomendado que todas as atividades sejam, na medida do possível, realizadas sem que os funcionários estejam pessoalmente nas instalações da empresa.

Nessa mesma linha, elencado à situação, instalou-se o trabalho em casa, denominado popularmente como *home office*. Conforme a Medida Provisória (MP) n.º 927, de 22 de março de 2020, durante o estado de calamidade pública, os empregadores podem alterar o modo de trabalho pessoal para o regime de trabalho em casa.

Nesse caso, o empregador pagará o salário do funcionário integralmente, e também será necessário adaptar as regras de reembolso de despesas, como infraestrutura, energia, custos de internet, entre outros, por meio de políticas internas de emprego ou alteração do contrato de serviço independente celebrado até 30 dias após a alteração do modo de trabalho. Deve-se ter em mente que nenhuma mudança pode ser prejudicial ao empregado. As regras sobre controle de período de trabalho e horas extras permaneceram inalteradas.

Curial observar que, a partir da suspensão ou redução das operações das empresas, certos negócios puderam recorrer a ferramentas para ajudá-los nessa situação. Nesse contexto, a já citada MP n.º 927 de 2020 permitiu que essas empresas avançassem as férias individuais, concedessem férias coletivas aos empregados, flexibilizassem as regras existentes, antecipassem feriados não religiosos e usassem os bancos de horas para compensar o período de desligamento, em face da situação de calamidade pública.

Concernente a isso, temos a lei de 1º de abril de 2020, transformada na Lei n.º 14.020, de 6 de julho de 2020, que regulamentou a possibilidade de reduzir salários e horas de trabalho através de contrato individual com todos os funcionários, podendo serem reduzidos em 25%, 50% ou 70%, mediante devido acordo.

Ademais, reduções em outras condições ou porcentagens são possíveis, mas apenas por meio de acordo coletivo. Depois que o salário tenha sido reduzido, o governo federal se comprometeu, através da mesma MP n.º 936/2020, em fazer um pagamento suplementar com base no valor do seguro-desemprego, o denominado Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (Bem). Os funcionários que tiverem horas e salários reduzidos gozarão desse benefício provisório enquanto a medida durar e por um período semelhante após seu fim.

#### **4. MODIFICAÇÕES NO DIREITO DE TRABALHO**

Nesse descortino, pela MP n.º 936/2020, transformada na já citada Lei n.º 14.020/2020, criou a suspensão temporária de contratos de trabalho por meio de um acordo individual, para funcionários que ganham até R\$ 3.117,00, para aqueles com diploma de ensino superior e os que ganham mais que o dobro do benefício máximo do INSS, criado pelo Decreto n.º 99.350, de 27 de julho de 1990, ou seja, R\$ 12.202,12, ou ainda através de acordo coletivo para outros funcionários.

Dessa forma, os funcionários com licença terão direito ao montante total do seguro-desemprego. Ademais, empregadores que apresentam re-

ceita bruta acima de R\$ 4,8 milhões, no ano de 2019, devem conceder uma ajuda compensatória no valor de pelo menos 30% dos salários dos funcionários durante o período de licença. Essa medida tem sido gradativamente aumentada pelo governo.

Nessa mesma realidade, os trabalhadores colocados em licença devem desfrutar dos benefícios citados, provisórios enquanto durar a medida e por um período semelhante após o seu término. Além disso, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o artigo 476-A estabelece que:

Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação.

Dessa forma, temos um precedente semelhante, no qual os contratos de trabalho podem ser suspensos para atividades de treinamento ou reciclagem de funcionários, o que está sujeito ao consentimento dos funcionários e mediante acordo com o sindicato dos trabalhadores. A legislação também prevê a possibilidade de cortar horas de trabalho e salários proporcionalmente, também mediante negociação com o órgão sindical.

De outro bordo, a já citada MP n.º 927/2020 autorizou o diferimento das contribuições do FGTS relativas a março, abril e maio de 2020. Essas contribuições podem ser pagas em até seis parcelas com vencimento no 7º dia de cada mês, com início em julho de 2020, sem nenhum ajuste monetário, multa e cobranças.

Nessa toada, o PL n.º 1.066, de 2020, criou a Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, alterando a Lei n.º 8.724, de 7 de dezembro de 1993, criando o Auxílio Emergencial do Governo Federal, sendo este regulamentado pelo Decreto n.º 10.316, de 7 de abril de 2020, dando subsídio de R\$ 600,00 aos trabalhadores informais, Microempreendedores Individuais (MEI), autônomos e desempregados.



Todavia, o benefício possui certos requisitos como ter mais de 18 anos de idade, não possuir trabalho formal, ou seja, com Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), possuir renda mensal de até meio salário-mínimo - R\$ 522,50 - e renda familiar mensal de até três salários-mínimos, ou seja, R\$ 3.135,00, sendo o salário-mínimo R\$ 1.045,00, conforme a MP n.º 919, de 30 de janeiro de 2020, convertida na Lei n.º 14.013, de 10 de junho de 2020. Outros requisitos também se aplicam, como o exercício de uma atividade como MEI ou ser um contribuinte individual ou facultativo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou ser trabalhador informal inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico).

Nessa senda, necessário ressaltar que o Ministério Público do Trabalho (MPT) emitiu pareceres técnicos fornecendo diretrizes para promotores, empresas, sindicatos e trabalhadores. Entre as medidas listadas está uma recomendação para as empresas tornarem as horas de trabalho de funcionários com riscos altos ou médios de infecção mais flexíveis.

Ademais, o MPT também recomendou que as empresas cumpram os planos de contingência adotados pelas autoridades locais, permitindo ausência no trabalho, *home office* e distanciamento social dos funcionários no local de trabalho. O órgão também informa que podem ser realizadas visitas e inspeções nos locais, o que pode por sua vez, dar origem a várias medidas, incluindo a propositura de ações civis públicas.

Portanto, faz-se a ressalva de que os benefícios e medidas descritos aplicam-se também a entidades do terceiro setor, organizações de caráter privado. É altamente recomendável que essas entidades mantenham um ambiente de trabalho seguindo as recomendações e acompanhem os casos de funcionários sintomáticos ou assintomáticos. Dessa forma, devem também liberar voluntários da realização de atividades pessoais e, na medida do possível, devem migrar para trabalhos virtuais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo tem como ponto teórico a investigação das alterações do meio de trabalho e do Direito Trabalhista advindas da pandemia ocorrida no Brasil e no mundo. A pesquisa fundamentou-se em uma extensa fonte de referências legislativas.

O trabalho se baseou na concepção de investigar as modificações e alterações nos institutos trabalhistas, o gerenciamento dos contratos de trabalho, seus aspectos mais relevantes, bem como as vantagens e desvantagens com base nas alterações realizadas no corpo jurídico brasileiro.

Em tal perspectiva, o entendimento das metas propostas cumpre um papel essencial na formulação de todos os recursos funcionais envolvidos. Não obstante, a necessidade de renovação processual agrega valor ao estabelecimento dos paradigmas públicos e privados em face da gravidade da pandemia.

Nessa linha, a estrutura atual da organização prepara-nos para enfrentar situações atípicas decorrentes das direções preferenciais no sentido de precaução. Dessa maneira, a crescente influência da mídia e das necessidades da sociedade pode nos levar a considerar mais alterações na reestruturação das condições financeiras e administrativas exigidas para o período emergencial.

Por conseguinte, o fenômeno da internet representa uma abertura para o enfrentamento da pandemia. Assim mesmo, o desafiador desse cenário globalizado acarreta um processo de reformulação e modernização das diversas esferas jurídicas e sociais dedicadas às ações de enfrentamento da doença.

Conclui-se então que as alterações do escopo jurídico foram fundamentais para modificar a estrutura dos processos brasileiros, bem como no que se relaciona a gerência da carga trabalhista, ou seja, foi essencial para administrar todo o estado de calamidade nacional advindo do coronavírus. Concernente a isso, com o passar do tempo, mais modificações legislativas serão realizadas, deixando a marca da pandemia em toda a legislação brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 702, de 2020. **Acrescenta dispositivo na Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2239474>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 1066, de 2020. **Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social, para fins de elegibilidade ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141270>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Auxílio Emergencial do Governo Federal.** Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. **Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda – BEm.** Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/beneficio-emergencial/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 10.282, de 20 de março de 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 10.316, de 7 de abril de 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).** Disponível em: <http://>

[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.316%2C%20DE%207,coronav%C3%ADrus%20\(covid%2D19\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.316%2C%20DE%207,coronav%C3%ADrus%20(covid%2D19)). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 99.350, de 27 de junho de 1990. **Cria o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) define sua estrutura básica e o Quadro Distributivo de Cargos e Funções do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores de suas Unidades Centrais e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d99350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99350.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020. **Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/l13982.htm#:~:text=%C2%A7%203%C2%BA%20Considera%2Dse%20incapaz,II%20%2D%20\(VETADO\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/l13982.htm#:~:text=%C2%A7%203%C2%BA%20Considera%2Dse%20incapaz,II%20%2D%20(VETADO)). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Lei n.º 14.013, de 10 de junho de 2020. **Dispõe sobre o valor do salário-mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2020; e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14013.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14013.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Lei n.º 14.020, de 6 de julho de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n.º 919, de 30 de janeiro de 2020. **Dispõe sobre o valor do salário mínimo a vigorar a partir de 1º de fevereiro de 2020.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv919.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv919.htm), Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n.º 927, de 22 de março de 2020. **Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n.º 936, de 1º de abril de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm). Acesso em: 16 jul. 2020.

# AS MINORIAS LINGUÍSTICAS NO BRASIL:

Um Estudo à Luz dos Direitos Humanos  
e da Ecolinguística

## Tadeu Luciano Siqueira Andrade

Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador, Professor Assistente de ensino da Universidade do Estado da Bahia (DIREITO). Especialista em Linguística, em Metodologia do Ensino Superior (área Língua Portuguesa) Especialista em Português Jurídico - Universidade Cândido Mendes e em Direito Penal e Processual Penal pela universidade Cândido Mendes; Mestre em Linguística - Centro de Ciências Humanas Letras e Artes, Programa de Pós-Graduação em Linguística - Universidade Federal da Paraíba - Linha de Pesquisa: Variação e Mudança Linguística, aluno do curso de Pós-Graduação em Linguística e Letras Clássicas (Doutorado) da Universidade de Brasília.

Recebido em: 24/11/2020

Aprovado em: 29/01/2021 e 08/02/2021

**RESUMO:** Na história do Brasil, percebemos diversos fatores que propiciaram atrocidades às minorias sociais, sobretudo referindo-se às interações entre os diversos povos que aqui chegaram ou entre esses povos e o território onde se instalaram. Essas atrocidades constituíram uma violação aos direitos humanos, fundamentada na língua como opressão e recurso de que o Estado dispõe para impor sua força. Este trabalho visa a uma análise sociojurídica da imposição do português no Brasil, considerando as fases que caracterizaram a violação ao bem jurídico mais importante da interação humana, a língua. Adotamos os pressupostos teórico-metodológicos das pesquisas documental e bibliográfica, recorrendo às bases epistemológicas dos Direitos Humanos e da Ecolinguística, por estudar a relação entre a língua e os três meios ambientes – mental, físico e social –, onde as interações acontecem. A partir do diálogo teórico entre os direitos humanos e linguísticos e a Ecolinguística, buscando reconhecer os direitos linguísticos como direitos fundamentais, analisamos dois casos que eviden-

ciam uma violação aos direitos linguísticos em contextos forenses: um no âmbito internacional; outro no nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos linguísticos. Ditadura linguística. Interação. Língua. Violação.

**ABSTRACT:** In the history of Brazil, we perceive several factors that have caused atrocities to social minorities, above all referring to the interactions between the different peoples that arrived here or between these peoples and the territory where they settled. These atrocities constituted a violation of human rights, based on the language as oppression and a resource available to the State to impose its strength. This work aims at a socio-legal analysis of the imposition of Portuguese in Brazil, considering the phases that characterized the violation of the most important legal asset of human interaction, the language. We adopted the theoretical and methodological assumptions of documentary and bibliographic research, using the epistemological bases of Human Rights and Ecolinguistics to study the relationship between language and the three mental, physical and social environments, where interactions take place. Based on the theoretical dialogue between human and linguistic rights and Ecolinguistics, seeking to recognize linguistic rights as fundamental rights, we analyze two cases that show a violation of linguistic rights in forensic contexts: one at the international level; another at the national level.

**KEYWORDS:** Linguistic rights. Linguistic dictatorship. Interaction. Language. Violation."

## INTRODUÇÃO

A língua portuguesa no Brasil, para ser reconhecida como língua oficial, apresenta pontos controvertidos que necessitam ser vistos numa perspectiva crítico-reflexiva, desmitificando a visão de que existe uma democracia linguística. Considerando a história do português no Brasil desde a implantação, emerge a pergunta norteadora deste capítulo: Vivemos uma ditadura ou democracia linguística?

Tal pergunta será respondida conforme a abordagem teórico-metodológica adotada e os objetivos delineados. Este artigo tem como objetivo geral analisar a linguagem em um processo de ação e interação, considerando a tríade falante, espaço e língua. Para isso, delineamos objetivos mais específicos: i) aplicar os pressupostos da Ecolinguística ao Direito; ii) Delimitar o campo teórico-metodológico do Direito e da Ecolinguística a partir da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos (DUDL); e iii) Inserir os direitos linguísticos no rol dos direitos humanos e fundamentais. No contexto internacional, diversos Estados consideram apenas uma modalidade linguística que propicia a interação social dos sujeitos que habitam esse Estado; excluem as outras, constituindo-se minorias linguísticas estigmatizadas. Existe no mundo, sobretudo no Brasil, um grande número de línguas em processo de extinção, cujos falantes se encontram em situação de vulnerabilidade linguística. O silenciamento às vozes das minorias marca uma atrocidade na história linguística do Brasil, conforme será apresentado nas três seções que compõem este capítulo. Na primeira seção, resumiremos a história da língua portuguesa no Brasil, partindo do processo de colonização à DUDL. Na segunda, contextualizaremos os direitos linguísticos na perspectiva da Ecolinguística. Na terceira, descreveremos a língua no aspecto jurídico.

## **1. AS LÍNGUAS INDÍGENAS E AFRICANAS NO BRASIL: CONTEXTO HISTÓRICO E O MITO DE UMA UNIDADE LINGUÍSTICA**

No Brasil, a implantação do português associa-se ao extermínio dos índios. Devido a esse genocídio, extinguiram-se centenas de línguas indígenas. Antes de os portugueses chegarem à costa brasileira, existiam cerca de 1.200 povos indígenas, falantes de aproximadamente mil línguas. Com a chegada dos africanos, a diversidade étnico-linguística brasileira tomou uma dimensão maior, resultando em uma pluralidade linguístico-cultural. Considerando os interesses políticos e comerciais de Portugal, algumas medidas foram tomadas para proibir o uso das línguas indígenas e africanas faladas no Brasil. Entre essas medidas, destacamos a proibição do uso da



língua *geral* e a imposição do português como língua oficial. A *língua geral* constituía as línguas faladas no Brasil colonial e a língua de contato entre índios e colonizadores. Hoje a língua geral é considerada extinta. Tratando-se das línguas africanas no Brasil, desde a saída de seus falantes na África, já existia uma segregação linguística. Os escravos falantes de uma mesma língua eram separados, obrigados a aprender o português para comunicar entre eles mesmos e entre eles e os brancos. Cerca de 600 mil nativos falavam línguas do tronco tupi-guarani, viviam em aldeias e povoavam o litoral brasileiro. Essas comunidades aldeãs inseriram-se em grupos culturais e linguísticos mais amplos. Segundo Carboni e Maestri (2006, p. 18), antes da chegada dos europeus, já existia uma diversidade linguística no Brasil, e os contatos linguísticos ampliaram-se, sobretudo forçados entre os indígenas, surgindo, possivelmente, novas *coínés* tupis-guaranis regionais. A gramaticização da língua tupi no Brasil representa o início da submissão dos índios ao domínio dos colonizadores. Destacamos: A gramática de José de Anchieta – 1595 *A Arte da Gramatica da Língua mais usada na Costa do Brasil*. Em 1560, torna-se obrigatório o uso dessa gramática nos colégios dos jesuítas (BORGES & HORTA NUNES, 1998, p. 52); *Arte da língua brasílica*, outra gramática tupi publicada em 1621 pelo jesuíta Luís Figueira; *Arte de Gramatica da Nação Kiriri*, publicada em 1699 por Luís Vincencio Mamiani (ELIA, 1979, p. 180). Em 1695, após a chegada dos escravos africanos na Bahia, Pedro Dias escreveu uma gramática quimbundo, *Arte da Língua de Angola, oferecida à Virgem Senhora Nossa do Rosário Mãe e Senhora dos mesmos pretos*. A sistematização gramatical, apesar de ter em vista uma homogeneização da língua no Brasil, mostrava a diversidade de línguas nativas e, ao mesmo tempo, visava a facilitar o contato com os índios e africanos, a fim de submetê-los ao catolicismo e ao domínio português. Embora os colonizadores falassem o português, a língua difundida era a língua geral.

## 1.1 Retrocesso da língua geral

Em algumas regiões do Brasil, a língua geral passou por um declínio. Carboni e Maestri (2006) apresentam as causas desse declínio: a) o fluxo

de portugueses; processo de urbanização advindo da mineração após o descobrimento das minas de ouro; b) a transferência da Família Real para o Rio de Janeiro em 1808; c) a difusão da imprensa: livros, jornais, teatros. As medidas político-administrativas também propiciaram o declínio da língua geral. Na metade do século XVIII, a língua geral se encontrava em regressão, mas ainda era falada no Amazonas e no Pará (ELIA, 1979, p. 193). Com as reformas realizadas pelo Marquês de Pombal, houve a imposição do português, sobretudo para a erradicação das línguas indígenas, pois, no Amazonas, estavam em processo de expansão. A partir de 1560, o tráfico de escravos africanos é intensificado e cerca de 300 línguas africanas juntam-se ao português do colonizador e às línguas indígenas.

## 1.2 Uma ditadura linguística

Segundo Nina Rodrigues (1977, p. 123), no Brasil, os negros recém-chegados da África eram obrigados a aprender duas línguas: o **português**, para a comunicação entre os brancos e os negros nascidos no Brasil, e a **língua africana**, para a interação com os demais escravos. Na vinda para o Brasil, os negros eram separados considerando a língua por eles falada e o vínculo familiar; eram misturados com outros negros de línguas e famílias diferentes para dificultar a comunicação entre eles e evitar rebeliões; ainda eram rebatizados e perdiam seus nomes de origem, sendo-lhes impostos prenomes lusitanos (CARBONI; MAESTRI, 2006, p. 28). Nina Rodrigues considera que houve um processo representado pelo binômio perda/aquisição, pois “perdiam” suas línguas de origem e adquiriam outras. Analisando a história do Brasil no que se refere ao padrão linguístico, percebemos que ocorreu uma ditadura linguística, que consistiu mais em uma exclusão do que em uma unificação linguística.

Décio Freitas, em *Palmares: a Guerra dos Escravos*, retrata um sincretismo linguístico, segundo o qual os africanos incorporavam itens lexicais do português ou do tupi aos dialetos africanos porque não podiam adotar em terras brasileiras uma das línguas nativas africanas. “Falavam uma língua toda sua, às vezes parecendo da Guiné ou de Angola, outras parecendo

português e tupi, mas não é nenhuma dessas, e sim outra nova” (FREITAS, 1984, p. 41). Apesar de os índios e escravos terem sua própria língua, quando entravam em contato com as autoridades, era necessário intérprete. Para que os portugueses dominassem o Brasil, reconheceu-se a língua portuguesa como língua oficial e oprimiram-se os falares não europeus. Silenciar as falas das minorias era *conditio sine qua non* para os opressores se manterem na hegemonia (CARBONI; MAESTRI, 2006, p. 12). Essa hegemonia é marcada pelos intérpretes determinados pelas autoridades político-administrativas. Silva Neto (1951, p. 61) enfatiza dois fatos importantes: i) a discriminação e a subalternidade linguísticas na colônia. Por exemplo, as missas eram celebradas em português, embora os cristãos não conhecessem tal língua, e ii) a determinação do governador do Maranhão em 1720, autorizando aos jesuítas que “dessem palmatoadas” aos nativos que falassem o tupi. Em 1757, Marquês de Pombal expulsa os jesuítas e determina o uso obrigatório do português no Brasil (ELIA, 1979). Mais tarde, o Senado do Espírito Santo ordenou que apenas a língua portuguesa fosse falada, sob pena de prisão aos que não falassem tal língua, porém não se sabe se a proibição se referia apenas ao senado ou à província (NETO, 1951, p. 68). Gilberto Freyre, em *Sobrados e Mucambos* (1936), mostra a preocupação com o conflito linguístico dos filhos dos senhores de engenho para que a língua não se transformasse devido ao contato com as mucamas. Nos colégios dos jesuítas, era flagrante a preocupação com os fenômenos linguísticos, por exemplo, o rotacismo (troca de fonemas: *prato* > *plato*), a metástese (troca de posição dos fonemas: *estrela* > *estelar*) a iotização (redução da palatal: *mulher* > *muler*), o apagamento do /r/ final (*mulher* > *mulhé*) e outros. Freyre (1996, p. 78) fala de um “policiamento linguístico”. Apesar do domínio lusitano e da censura linguística, não esqueçamos que os índios e os africanos influenciaram na formação linguística brasileira, destacando suas contribuições no léxico, na sintaxe, na morfologia e na fonologia. Durante o período de imposição do português, não foram poucas as reações daqueles que tiveram seu patrimônio linguístico-cultural espoliado. Nesse sentido, destaca José Honório Rodrigues (1995, p. 42):

Numa sociedade dividida em castas, em raças, classes, mesmo quando é evidente o processo de unificação da língua, especialmente num continente como o Brasil, onde durante três séculos combateram várias línguas indígenas e negras contra uma branca, não havia nem paz cultural, nem paz lingüística. Havia, sim, um permanente estado de guerra. (...) O processo cultural que impôs uma língua vitoriosa sobre as outras não foi assim tão pacífico, nem tão fácil. Custou esforços inauditos, custou sangue de rebelados, custou suicídios, custou vidas (RODRIGUES, 1985, p. 42).

Nesse sentido, a linguagem bloqueia o acesso do cidadão aos seus direitos e à defesa deles. Não havendo interação, não haverá comunicação, e a linguagem passa a ser uma forma de opressão e sujeição, sendo, assim, a forma mais poderosa para se garantir o poder.

### 1.3 Brasil independente e a questão lingüística

No Brasil pós-independente, houve a preocupação de unificar a língua, inspirada na ideia da identidade nacional. O padrão lingüístico era a língua do sudeste. No império, fora desenvolvida uma política lingüística despreocupada com os fenômenos lingüísticos advindos do fluxo dos alemães, italianos e poloneses que se instalaram no sul e no sudeste. A preocupação era a unidade, não a diversidade. Percebemos que o mito da unidade perdurou por muito tempo. De um lado, havia os que defendiam uma língua brasileira, emancipando-se da língua falada na metrópole. Adotaram várias denominações: *língua nacional*, *língua pátria*, *língua vernácula*, *idioma nacional* e ainda a proposta de nomear a língua portuguesa falada no Brasil como *língua brasileira*, *brasilina* ou *brasiliiana*. (PINTO, 1981). O ano de 1935 foi marcado por movimentos nacionalistas autoritários que repercutiram pelo mundo. No Brasil, apresentou-se à Câmara dos Deputados o Projeto nº 135, cuja proposta era definir legalmente o português falado no Brasil como língua brasileira. Essa definição se referia à língua culta (CARBONI; MAESTRI, 2006, p. 35). Houve uma oposição a esse projeto quando um deputado argumentou que a língua

brasileira não era a língua falada pelos “homens educados” do país no passado e no presente. (CARBONI; MAESTRI, 2006). Partindo dessa afirmação, questionamos: Quem são esses homens educados? Estão flagrantes o preconceito e a exclusão linguística oficializados. “Homens educados” seriam aqueles escolarizados e detentores do poder político-econômico. A língua à qual o deputado se referiu era o falar descrito por Amadeu Amaral em *O Dialeto Caipira*.

Em 1946, uma Emenda Constitucional determinou que a nação incentivasse, mediante todos os meios, a universalização da língua portuguesa com o objetivo de assegurar a unidade linguística. Foi composta uma comissão integrada por professores e jornalistas para definir que a língua portuguesa fosse o idioma nacional do Brasil. Para Guimarães e Orlandi (1996, p. 131), a expressão *língua portuguesa* sintetiza a nossa origem e a base de *nossa formação de povo civilizado*. (Destaque dos autores).

A língua é interação social, resultante de variações socioculturais e econômicas; deve, portanto, adaptar-se às necessidades comunicativas de seus falantes, e não aos anseios políticos dos governantes. Portanto não podemos definir uma modalidade linguística como universal. Isso ocorreria se os excluídos do processo social fossem incluídos à cidadania e nacionalidade.

## 1.4 As línguas alóctones e a formação linguística brasileira

As línguas alóctones são os idiomas externos introduzidos em uma região, também chamadas de línguas de imigração. Não apenas os índios foram vítimas da repressão linguística. Os imigrantes e seus descendentes enfrentaram uma violenta repressão linguístico-cultural durante o Estado Novo (1937-1945). Esse período marca o apogeu da repressão às línguas alóctones com o processo denominado de “nacionalização do ensino”, que pretendeu selar o destino das línguas de imigração no Brasil (OLIVEIRA, 2008). Entre essas línguas, destacamos o alemão e o italiano na região colonial dos estados de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul. Algu-

mas regiões desses estados apresentavam estrutura minifundiária e a colonização homogênea propícias para a reprodução do alemão e do italiano. Essa reprodução foi considerada juridicamente um “crime idiomático” pelo Estado Novo. Nesse período, o governo ocupou e desapropriou as escolas comunitárias, fechou gráficas de jornais que editassem matérias em alemão e italiano, perseguiu, prendeu e torturou pessoas que falassem suas línguas maternas em público ou em suas casas. (OLIVEIRA, 2008). Essas línguas passaram por um processo de regressão na escrita e nos usos em áreas urbanas, pois seus falantes usavam-nas oralmente na zona rural e em contextos restritos. Em Santa Catarina, no mandato do governador Nereu Ramos, foram montados campos de concentração, chamados de “áreas de confinamento”, para descendentes de alemães que insistissem em falar sua língua, entre outras razões (DALL’ALBA, 1986). Oliveira (2008) apresenta os dados que confirmam uma verdadeira ditadura e repressão linguística, corroborando o que defendeu José Honório (1995): a) Aumento das prisões, a partir do recrudescimento do processo em 1942. Por exemplo, o município de Blumenau, que de 282 prisões em 1941, em sua maioria por ocorrências comuns (como embriaguez ou briga em bailes) passou-se para 861 em 1943. Dessas prisões, 271, 31,5%, fundamentavam-se no uso de uma “língua estrangeira”; b) Atuação do Exército Brasileiro, composto principalmente por soldados transferidos do nordeste, deslocados para Blumenau para “ensinar aos catarinenses a serem brasileiros”; c) Carimbo em todas as correspondências para o Vale do Itajaí da frase do ex-governador e ex-ministro das relações exteriores Lauro Müller: “Quem nasce no Brasil ou é brasileiro ou é traidor” (NOGUEIRA, 1947, p. 13); d) Rígida censura à imprensa, determinando imediatamente a prisão do responsável pelo jornal que se opusesse à campanha de nacionalização; e) Atuação dos militares comandando os municípios das zonas coloniais e empossando novas diretorias nas escolas e nas sociedades recreativas; f). Alteração da denominação de conhecidos centros culturais para nomes brasileiros, por exemplo, a sociedade Músico Teatral Frohsinn, em Blumenau, passou a ser denominada de Teatro Carlos Gomes; g) Proibição do uso de nomes em língua estrangeira nos lápides e mausoléus; h) Publicação de um edital abo-

lindo “o uso de qualquer língua estrangeira em atos públicos” (*A Gazeta*, 24 e 25 de maio de 1939); i) Atuação da Polícia Militar, em Santa Catarina e em outros estados, prendendo, torturando e obrigando as pessoas a deixarem suas casas em determinadas “zonas de segurança nacional”; j) Estímulo das escolas às crianças a denunciar os pais que falassem alemão ou italiano em suas casas.

## 1.5 O Português Brasileiro na Constituição de 1988

Usamos a expressão *Português brasileiro* ou *português do Brasil* como referência à variedade da língua portuguesa no Brasil ou no exterior, apesar de o texto constitucional (Artigo 13) adotar a expressão *língua portuguesa*. Considerando a relação língua e cidadania, inferimos que são cidadãos brasileiros apenas os falantes de língua portuguesa e questionamos: Como ficam, do ponto de vista linguístico-cidadão, os índios, os descendentes de escravos e os imigrantes que nas suas interações falam as suas línguas?

Referindo-se aos índios, a Constituição assegura-lhes o direito às suas línguas:

Artigo 210 – § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades **indígenas** também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Artigo 231– São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Destques nossos).

Analisando esses dispositivos constitucionais, concluímos que os direitos não são efetivados, pois o Estado não adota políticas públicas em defesa das minorias linguísticas. Se, por um lado, reconhece direitos, por outro, silencia-se no que alude à efetivação desses direitos. Para Oliveira (2008), “esse é um fato muito novo na história das legislações brasileiras,

tão ciosas em “integrar o índio”, isto é, fazer com que ele deixe de ser o que era, para se transformar em outra coisa: mão de obra nas grandes propriedades ou nas periferias das grandes cidades.” (OLIVEIRA, 2008, p. 09). É importante ressaltar que a positivação desses direitos no sistema jurídico brasileiro é fruto da efetiva e ativa participação do movimento indígena no processo da constituinte de 1988. Tratando-se dos falantes de língua de imigração e considerando a legislação vigente, percebemos que o tratamento jurídico dado aos índios não foi o mesmo concedido aos descendentes de imigrantes. O Estado brasileiro não lhes concedeu direitos linguísticos. As línguas de imigração são ensinadas no Brasil como línguas estrangeiras e não como línguas de interação ou materna, apesar de os falantes dessas línguas lutarem para manter suas tradições linguístico-culturais, por exemplo, a Lei Complementar nº 487/2004 do município de Blumenau – Santa Catarina, determina a criação de um Conselho Municipal de Ensino de Língua Alemã, visando à discussão acerca do ensino bilíngue naquele município, que apresenta uma forte imigração alemã.

## **2. OS DIREITOS LINGUÍSTICOS E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS**

A DUDL, denominada também de Declaração de Barcelona, é um documento assinado pela UNESCO, pelo PEN (clube), e por várias organizações não governamentais em 1996 para garantir os direitos linguísticos, sobretudo os das línguas em extinção. A DUDL foi aprovada na conclusão da Conferência Mundial sobre Direitos Linguísticos (1996) em Barcelona, Espanha, e elaborada em sintonia com o que foi recomendado na *Declaração do Recife* (1987) durante um congresso realizado na Faculdade de Direito do Recife, da UFPE. A língua é um bem jurídico que deve ser preservado, resguardando-se os direitos linguísticos de seus falantes. A Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), no artigo 2º, alínea “a” prevê que a língua é integrante do patrimônio cultural imaterial. O Preâmbulo da DUDL diz:



A situação de cada língua, tendo em conta as considerações prévias, é o resultado da confluência e da interação de uma multiplicidade de fatores: político-jurídicos; ideológicos e históricos; demográficos e territoriais; econômicos e sociais; culturais; linguísticos e sociolinguísticos; interlinguísticos; e, finalmente, subjetivos.

A Resolução 47/135, de 18/12/1992, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, adota a Declaração acerca dos direitos das pessoas integrantes das minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas. Em 1996, a DUDL reconhece o direito isonômico a todas as comunidades linguísticas e condena qualquer ato discriminatório:

Artigo 10.º 1. Todas as comunidades linguísticas são iguais em direito. 2. Esta Declaração considera inadmissíveis as discriminações contra as comunidades linguísticas baseadas em critérios como o seu grau de soberania política, a sua situação social, económica ou qualquer outra, ou o nível de codificação, atualização ou modernização alcançado pelas suas línguas.

Não falamos do aspecto jurídico da diversidade da língua apenas no ordenamento pátrio. No âmbito internacional, há dispositivos que enfatizam a diversidade linguística, por exemplo, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura, na 33ª reunião, celebrada em Paris em 2005, aprovou a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, inserindo no plano cultural o reconhecimento legal dos diferentes povos e comunidades. A Constituição Federal de 1988, no artigo 215, expressa claramente que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais.

No rol dos direitos culturais, destacamos a língua como a expressão viva de um povo, sendo, portanto, um traço distintivo do falante, seja no aspecto cultural, temporal ou social. Essa convenção, nos itens 5 e 6, explicitou dois objetivos e inseriu a diversidade linguística no rol de manifestação cultural:

5. Salvar o patrimônio linguístico da humanidade e apoiar a expressão, a criação e a difusão no maior número possível de línguas.

6. Fomentar a diversidade linguística - respeitando a língua materna – em todos os níveis da educação, onde quer que seja possível, e estimular a aprendizagem do plurilinguismo desde a mais jovem idade.

É imprescindível analisar dois dispositivos da DUDH:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

A análise dos direitos linguísticos parte da igualdade e diferença expressas na DUDH: Como “todos têm direito à diferença”, essa diferença se dá de uma pessoa para outra, de um contexto para outro. A DUDL dispõe:

Artigo 7º- Todas as línguas são a expressão de uma identidade coletiva e de uma maneira distinta de apreender e descrever a realidade, pelo que devem poder beneficiar-se das condições necessárias ao seu desenvolvimento em todas as funções.

Fundamentando-nos na DUDL, consideramos interdependentes os direitos linguísticos tanto na dimensão coletiva quanto na individual, haja vista a língua constituir a interação comunicativa. Por essa razão, os direitos linguísticos só serão efetivados e respeitados se, no plano coletivo, também existir tal respeito. Em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, o primeiro documento normativo da Organização das Nações Unidas que trata especificamente dos direitos das minorias no que se refere à proteção da etnia, língua e cultura e religião.

Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros

de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Devemos defender o direito à soberania linguística e o respeito à identidade linguística das comunidades de fala. Os direitos linguísticos são tanto individuais quanto coletivos, como postula Hamel (2003: 51):

Os direitos lingüísticos fazem parte dos direitos humanos fundamentais, tanto individuais como coletivos, e se sustentam nos princípios universais da dignidade dos humanos e da igualdade formal de todas as línguas. (...). No âmbito individual, eles significam o direito de cada pessoa a “identificar-se de maneira positiva com sua língua materna, e que esta identificação seja respeitada pelos demais” (Phillipson, Skutnabb-Kangas e Rannut 1994, p. 2.). No âmbito das comunidades lingüísticas, os direitos lingüísticos compreendem o direito coletivo de manter sua identidade e alteridade etnolingüísticas (...).

## 2.1. A violação aos Direitos Linguísticos na atualidade

Apesar de existirem diversos instrumentos jurídicos tratando do respeito à dignidade da pessoa humana nos âmbitos internacional e nacional, ainda assistimos a situações de repercussão geral que violam os direitos linguísticos, por exemplo, a proibição ao direito de o indivíduo se expressar na sua própria língua. A título de ilustração, trataremos de dois casos de violação a esses direitos. Um no plano internacional, outro no nacional.

### Caso 01:

Alfredo López Álvarez, membro de uma comunidade garífuna hondurenha, foi privado de sua liberdade pessoal a partir de 27 de abril de 1997, data de sua prisão por posse e tráfico ilícito de entorpecente. Permaneceu detido até 26 de agosto de 2003. Na prisão, o acusado foi proibido de se expressar na sua língua materna. Em 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDHU) reconheceu que a igualdade perante a lei e de não discriminação pertence ao domínio do *jus cogens* (normas

imperativas que impõem aos Estados obrigações objetivas que prevalecem sobre quaisquer normas), devido ao Estado espanhol ter proibido um preso de usar a sua língua materna durante a prisão, constituindo uma medida discriminatória e uma violação aos direitos humanos, sobretudo à DUDH.

Transcrevemos o fragmento da sentença prolatada pela Corte IDHU:  
Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (Mérito, Reparações e Custas)

No ano de 2001, uma equipe técnica do CODEH visitou o presídio de Tela para realizar uma oficina sobre os direitos humanos de prisioneiros. Naquela reunião, conseguiu a organização dos indivíduos privados de liberdade, e o senhor López Álvarez foi nomeado membro diretivo da organização. Por sua participação nesta organização, o senhor López Álvarez foi objeto de assédio e acoso, a ponto de ser proibido de se comunicar em sua própria língua. A testemunha afirmou que a língua que se costuma utilizar nas denúncias é o espanhol; os operadores de justiça não falam as línguas das comunidades indígenas. O senhor Sánchez Chandias afirmou também que nas penitenciárias e nos centros de detenção pública **batem nos indígenas e negros quando falam sua própria língua, porque se presume que tramam algo; recomenda-se falar em espanhol** (Destacamos).

Nos autos do processo, evidenciamos as relações de poder instituídas pela linguagem. No processo judicial em análise, a língua usada pela corte é a estatal (espanhol). Assim, os não falantes de espanhol não defenderiam seus direitos e não teriam conhecimento do devido processo legal.

### Caso 02:

Trata-se da decisão judicial nos autos da Ação Penal n. 2003.60.02.000374-2, tramitada na 1ª Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais – Justiça Federal – São Paulo, referente ao assassinato do cacique Marcos Verón. Houve o indeferimento ao pedido do Ministério Público, requerendo que os depoimentos de vítimas e testemunhas indígenas fossem colhidos no idioma tupi-guarani, *kaiowá*, com assistência do intérprete. A magistrada, fundamentada na legislação processual penal vigente, indeferiu o pedido, haja vista os depoentes serem obrigados a se expressar

na língua estatal. (SOUZA, s/d). O direito de o índio se expressar na sua própria língua respalda-se nos seguintes documentos jurídicos: artigos 231 e 210 da CF/88; artigo 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966; artigo 13 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; artigo 12 da Convenção 169 da OIT; artigos II e XIX da Declaração Universal dos Direitos do Homem; artigo 13, n. 1 do Pacto de São José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Linguísticos. Durante a sessão, o representante do Ministério Público Federal invocou os seguintes dispositivos: artigo 13 n. 1 e 2, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2003:

1. Os povos indígenas têm o direito de revitalizar, utilizar, desenvolver e transmitir às gerações futuras suas histórias, **idiomas**, tradições orais, filosofias, sistemas de escrita e literaturas, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas e de mantê-los;

2. **Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse** direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados”. (Destaque nossos).

A língua é interação e faz parte da vida dos falantes em todos os aspectos. Como diz Scherre (2013), “falar faz parte do nosso cotidiano, de nossa vida”. A interação, mediante o uso de sua própria língua, individualiza o falante, constituindo-o como cidadão e sujeito de direito. Graças à língua, o ser humano se diferencia de todos os outros animais. A língua é interação e constituição do sujeito. Por isso, não possibilitar ao falante expressar-se na sua própria língua, oriunda de seu contexto sócio-político-cultural, é reduzi-lo a uma condição subumana. Analisando os dois casos, inferimos que não existiu apenas o preconceito linguístico, mas também uma tortura linguística, um tratamento desumano ou degradante, uma vez que depreciar a língua é depreciar o indivíduo, sua história, sua identidade, sobretudo sua forma de ver o mundo. (SCHERRE, 2013). Por isso, é imprescindível analisar as interações à luz da Ecolinguística, haja vista as interações ocor-

rerem em um determinado espaço sóciogeográfico, envolvendo os sujeitos com suas experiências e crenças.

### **3. ECOLINGUÍSTICA: A INTERAÇÃO LÍNGUA, POVO E TERRITÓRIO**

A Ecolinguística é definida como o estudo das relações entre língua e meio ambiente. Para compreendermos o que é Ecolinguística, partimos de três perguntas, segundo Couto (2009): a) que é língua? b) que é meio ambiente da língua? c) que são as relações entre língua e meio ambiente? A língua não é apenas um conjunto de regras, mas também a maneira pela qual os membros da comunidade interagem entre si e entre o mundo que os cerca. O meio ambiente (MA) abrange dois elementos: um objetivo e um subjetivo. O primeiro compreende as interações, atividades humanas, história e a cultura de modo geral, ou seja, a própria língua. O segundo integra os seres humanos e tudo o que se relaciona com a vida na comunidade.

Há uma relação entre meio ambiente e linguagem. O MA não se refere apenas ao espaço em si mesmo, mas também a todos os elementos que estão inseridos nesse espaço, incluindo as relações entre os homens (interação indivíduo – indivíduo) e entre eles e o MA (indivíduo-contexto). A Ecolinguística vai além da linguística. Enquanto esta estuda a língua a partir de sua estrutura e funcionamento, dando conta dos fenômenos linguísticos considerando a estrutura e o funcionamento do sistema linguístico, aquela integra a língua e o MA em uma única área, analisando a língua sob os três meios ambientes: o natural, o social e o mental, haja vista esses três MAs interagirem.

#### **3.1. O Tripé da Ecolinguística**

Um ecossistema linguístico compõe-se de três elementos que estão sempre em uma relação dialética. Esses elementos se intercomplementam: o Território (T), a População (P) e a Língua (L). P, vivendo em determinado território T, interage de acordo os costumes linguísticos, culturais e sociais desse Território. Essa interação corresponde à língua em uso. Dessa

forma, falar em interação significa falar em língua/gem.

**a. Língua:** Para a Ecolinguística, L não é entendida apenas como estruturas formais, e sim como a maneira pela qual um determinado povo se comunica. Sempre que uma determinada comunidade tiver um nome para seu modo de comunicar e interagir, teremos uma Língua (COUTO, 2009, p. 97). A língua é um fenômeno sociointerativo. O termo *língua* tem um significado abrangente, não ficando adstrito à modalidade falada ou escrita, apesar de essa modalidade ser proeminente nas interações.

**b. Povo:** P, na Ecolinguística, possui três sentidos: i) organismos humanos que compõem o meio ambiente físico; b) parte mental dos membros de uma comunidade; c) cada membro da comunidade da perspectiva da coletividade. Atribuímos, portanto, três elementos a P: organização – pensamento e interação. P é responsável pela existência de L. Sem P, não haveria L. P não é só criador, mas também o mantenedor de L, isto é, o hospedeiro de L. P também é integrante do Território. Tanto é que Povo integra os elementos do Estado.

**c. Território:** é a sede da língua e condição *sine qua nom* para existirem as interações. Os homens interagem em um determinado espaço físico. T é a base material. Em T, surge qualquer comunidade, mesmo que, depois de formada, se desloque, mas, em algum momento, essa comunidade estará em um espaço físico definido. Território não se refere apenas ao espaço fixo; T pode ser flutuante, espaciotemporal, território por extensão (terminologia jurídica). Ao lado de P e de L, T também constitui um dos elementos do Estado. Esses elementos, embora estejam bem definidos, vinculam-se para formar o MA fundamental da língua, que corresponde ao todo composto por P e T, sendo L as interações.

### 3.2. Meio Ambiente da Língua

Segundo Couto (2007), o meio ambiente da língua é formado pelo meio ou entorno em que as interações ocorrem e pode ser encarado à luz de três perspectivas distintas.

Retomando Couto (2007, p. 124), apresentamos um breve comentário acerca de cada MA: a) **Meio Ambiente Natural** (MAN): compreende o espaço físico, incluindo os aspectos geográficos, tais como a topografia, o clima, a vegetação, fauna, flora, os recursos minerais do solo, a base econômica de sobrevivência humana; b) **Meio Ambiente Mental** (MAM): compõe os processos mentais que cada membro da comunidade opera no cérebro e é formado pelo homem e sua língua, suas crenças, seus hábitos e costumes internalizados; c) **Meio Ambiente Social** (MAS): formado pelos processos sociais que os membros da comunidade realizam no momento das interações sociocomunicativas. Esses MAs não são estanques; estão sempre em movimento e interagindo. Ao analisar o fenômeno linguístico, a Ecolinguística considera que esses três MAs se intercomplementam.

Para que a língua cumpra sua função social, que é a interação, é necessário haver o respeito ao outro, sobretudo em se tratando da linguagem, haja vista a relação do falante com o meio em que está inserido e com os demais falantes que vivem em comunhão. Se existisse comunhão, não haveria interação. Por isso, a Ecolinguística defende a harmonia e exclui qualquer conduta que desarmonize a natureza e a convivência entre homens e entre eles e o meio ambiente. Dessa forma, os direitos linguísticos encontram-se integrados aos princípios da Ecolinguística.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As minorias linguísticas constituem grupos que se comunicam em qualquer contexto, seja na interação na sociedade em que fazem parte, seja nos espaços públicos. Esses usos diferenciam os grupos sociais e as diversas formas de falar de uma comunidade e ainda da língua estatal. A língua não é apenas o sistema, é principalmente interação. Mas o fato de haver diferenças entre a língua falada pelas classes sociais menos favorecidas e a língua das classes mais favorecidas não justifica nenhum tipo de exclusão ou preconceito, conforme ocorreu ao longo da história da língua portuguesa no Brasil. Da implantação do português no Brasil aos dias atuais, assistimos a um verdadeiro *glotocídio*, que resultou em violação aos



direitos humanos, ou até mesmo em crimes linguísticos, usando as palavras de Scherre (2013). Na verdade, o que faltou/falta, foram/são políticas linguísticas e a efetivação das normas constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da DUDL, dos demais instrumentos normativos que tratam das minorias linguísticas. No Brasil, falta a efetivação do princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal. As atrocidades linguísticas por que passaram e ainda passam índios, negros e imigrantes no Brasil respondem à pergunta inicial: Vivemos uma ditadura linguística. A língua constrói fronteiras, define espaços sociopolíticos e geográficos, constitui identidade cultural. Todas as línguas e suas modalidades têm o direito de ser respeitadas, para que possam contribuir com a diversidade cultural, e para que todos os falantes possam interagir sem preconceito. Por essa razão, a Ecolinguística não admite que uma pessoa seja discriminada devido à língua que traz do meio em que vive, conforme postula Couto (2007). Partindo desse princípio, justificamos que há uma relação direta entre meio ambiente, língua e direitos linguísticos, pois o Povo, a Língua e o Território constituem os elementos do Estado, mas só serão elementos constitutivos do Estado se interagirem, mantiverem os laços linguístico-culturais e conviverem em um mesmo espaço.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e fraterna, permeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia e outros. A construção dessa sociedade inicia-se nas relações linguísticas, em que cada cidadão possa agir e interagir, expressando o seu pensamento de acordo com seu patrimônio linguístico-cultural. Apesar de a Carta Magna de 1988 prever que a Língua Oficial da República é a portuguesa, não apenas essa deve prevalecer em todos os casos, pois há outras línguas faladas no Território Nacional. Esperamos que este trabalho propicie outros olhares acerca das minorias linguísticas brasileiras, que, a cada dia, são marginalizadas em um país multilíngue e multicultural.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014;

BRASIL, Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014

CARBONI, Florence & MAESTRI, Mário. **A linguagem escravizada**. São Paulo: Expressão Popular, 2006;

Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso López Álvarez. Disponível em. [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo1fd1d4af1569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo1fd1d4af1569a345e-837bd0ce47ce9d9.pdf). Acesso em 24 de out. 2020.

DALL'ALBA, João Leonir. **Colonos e mineiros na grande Orleans**. Orleans, edição do autor e do Instituto São José, 1986.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br> > Acesso em: 19 set.2018.

ELIA, Silvo, A Unidade Linguística do Brasil - Condicionamentos Geoeconômicos. Rio de Janeiro, Padrão, 1979.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural no Brasil**. São Paulo: Nacional, 1996;

GUIMARÃES, Eduardo, e ORLANDI Eni Pulcinelli (orgs). **Língua e cidadania: o português no Brasil**. Campinas: Pontes, 1996.

FREITAS, Décio. **Palmares: a Guerra dos Escravos**, Rio de Janeiro: Graal, 1984;

GUIMARÃES, Eduardo. Língua Nacional, sujeito e enunciação: O cidadão e as Línguas do Brasil. In: INDURSKY, Freda e CAMPOS, Maria do Carmo (org.). **Discurso, Memória e Identidade**. Porto Alegre: Sagra LUZZATO, 2000;

HAMEL, Rainer Enrique. Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas. In: OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos**. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.

NETO, Serafim da Silva. **Introdução ao Estudo da Língua Portuguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 195.

NOGUEIRA, Ruy Alencar. **Nacionalização do Vale do Itajaí. Rio de Janeiro**. Ministério do Exército, 1947, p. 13.

OLIVEIRA, Gilvan Müller de. Brasileiro fala português: monolinguismo e preconceito lingüístico. In: **Revista Linguagem**. Universidade Federal de São Carlos. 11ª Edição: nov/dez. de 2009. Disponível em <<http://www.lettras.ufscar.br/linguagem>>. Acesso em 19 de set. 2018.

OLIVEIRA, Gilvan M. (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos: novas perspectivas em Política Lingüística**. São Paulo: IPOL/ABL/Mercado de Letras (2008)

OLIVEIRA, Gilvan Müller de. (Org.). **Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos**. Campinas-SP: Mercado de Letras, Associação de Leitura do Brasil (ALB); Florianópolis-SC: IPOL, 2003.

PINTO, Edith Pimentel. **O português do Brasil: textos críticos e teóricos - 1820-1920 fontes para a teoria e a história**. São Paulo/Rio de Janeiro: Edusp/Livros Técnicos e Científicos, 1981.

RODRIGUES, José Honório. **Teoria da História do Brasil: introdução metodológica**. São Paulo: CXEN – INL, Brasília, 1995.

RODRIGUES, Nina. **Os africanos no Brasil**. 5ª ed. São Paulo: CEN, 1977.

SCHERRE, Marta. O preconceito linguístico deveria ser crime. *Galileu (online)*. ed. maio. São Paulo: Revista Globo, 2013. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,EMI110515-17774,00>. Acesso em 27 de out 2018.

SOUZA, Mércia Cardoso de. O Direito Fundamental de se expressar na própria língua: Realidade ou Utopia? Disponível em <http://www.publica-direito.com.br/artigos>. Acesso em 19 de setembro de 2018.