

***Res extra commercium:* de Roma aos tempos atuais**

Aloísio Surgik
Universidad UFPR (Brasil)

(...) *est res publica res populi* -
a coisa pública é coisa do povo
(Cic. *de rep.* 1, 25, 39).

“(...) parte do mundo empenha-se
agora no estabelecimento da
ditadura do mercado internacional”.
(H. P. Martin & H. Schumann.
A armadilha da globalização.
S. Paulo, 1998, p. 18).

1. INTRODUÇÃO

Entre outros valores que herdamos da rica experiência política e jurídica dos romanos, na melhor fase de sua História, um dos mais importantes e fundamentais para os dias de hoje, é certamente o da coisa pública: *res publica*.

Ao lado de todos os valores perenes, também os costumes orientavam a sociedade romana no sentido de adaptar sua vida à transformação natural dos tempos, sem que, entretanto, se incorresse na estagnação do comportamento da sociedade, em nome da preservação das tradições.

Não há dúvida de que o respeito aos costumes dos antepassados (*mores maiorum*) nada mais era do que o respeito às próprias tradições.

Porém, uma das notas mais marcantes da civilização romana foi precisamente o admirável equilíbrio entre a evolução da sociedade, em face da transformação dos costumes, e a preservação de suas tradições.

Na medida em que Direito e Política –indissociáveis entre si– contavam com as bases sólidas de princípios éticos, indispensáveis ao convívio social humano, tais como a boa-fé, a equidade e a solidariedade dos cidadãos em sua estreita união em comunidade, é possível pensarmos que jamais um valor material pudesse sobrepujar o valor moral ou que este viesse a converter-se de alguma forma em mercadoria.

É evidente que, de Roma aos tempos atuais, o mundo evoluiu muito e não se pode sequer imaginar que o estilo de vida dos romanos permanecesse inalterado até hoje.

É de se supor, todavia, que certos valores, por mais que o mundo sofra profundas transformações, jamais poderão alterar sua essência, sob pena de a vida humana se tornar simplesmente sem sentido e o convívio das pessoas em sociedade se inviabilizar por completo.

Por exemplo, independentemente da apropriação religiosa do princípio da solidariedade humana, que o cristianismo chama de “caridade”, ninguém deve ignorar que a sociedade romana teve exatamente aí o ponto de partida de seu sucesso político e jurídico, especialmente na fase mais exemplar de sua História – a da República.

Por sua vez, a *bona fides* romana revela-se ainda hoje tão necessária para a vida jurídica, a ponto de se incorporar fortemente o princípio da boa-fé objetiva na maioria dos códigos civis.

Com a evolução (ou involução) da História, infelizmente, vem ocorrendo grave inversão de alguns valores que a sociedade romana soube muito bem cultivar, com peculiar sabedoria.

O pior é que a deterioração de tais valores, literalmente falando, vem ocorrendo em troca de dinheiro, ou seja, por conta de um sistema sócio-político-econômico baseado em um processo que pretende transformar o mundo em mercadoria, instituindo como divindade suprema o mercado.

Para a correta compreensão deste fenômeno, é necessário voltar a Roma, percorrendo os principais fatos históricos subseqüentes que vêm subvertendo radicalmente tais valores.

Nestas circunstâncias, pretende-se, nas modestas dimensões do presente trabalho, fixar a atenção especialmente sobre o sentido romano das *res extra commercium* (coisas fora do comércio) e extrair daí algumas considerações críticas sobre as graves deturpações sofridas ao longo dos tempos, a ponto de também estas se converterem, nos tempos atuais, em verdadeira mercadoria.

2. O CONCEITO ROMANO DE *RES EXTRA COMMERCIIUM*

As *res extra commercium* sempre tiveram na prática judiciária e na doutrina romana um tratamento claro e objetivo, no sentido de serem consideradas insuscetíveis de apropriação ou alienação por particulares, assim como de qualquer relação jurídica visando lucro, vale dizer, eram entendidas como coisas absolutamente fora do comércio.

Sem nos estendermos na análise histórica do conceito romano de propriedade, que nos levaria a enfrentar em grande parte o complicado problema do conceito de família, básico para o entendimento da propriedade romana,¹ cumpre lembrar aqui, brevemente, que, no binômio propriedade-família, em Roma, destaca-se o papel da *domus* como centro do culto familiar, conforme explica Margarita FUENTESECA DEGENEFFE:

Por otra parte está la figura del *paterfamilias*, que sería denominado también *dominus*, expresión que hay que entender como titular del poder dominical. En la *domus* están las raíces del poder familiar del *paterfamilias* tanto en la función sacerdotal como en la de un poder dominical. Este poder dominical cristalizó a fines de la república en el concepto de *dominium* como titularidad de propietario de bienes. Sin embargo hasta la época clásica se mantiene una triple forma de poder del *paterfamilias* proyectada sobre el grupo familiar distinguiendo *personae in potestate, manu, mancipiove*.²

Partindo, pois, do pressuposto de que, no direito romano, é necessário valorizar convenientemente o termo *familia* como agrupamento de pessoas, compreendendo-se aí inclusive os impúberes, sob um poder comum que representava a unidade do grupo, há que se levar também em conta a importância da transmissão da família, mais do que da herança em sentido sucessório posterior. Em definitivo, herança e tutela entrecruzam-se em suas origens, dando lugar a uma figura de *heres-dominus-tutor*, que dava continuidade ao grupo familiar.³

1 *Vide* FUENTESECA DEGENEFFE, M., “*Proprietas, possessio y actio publiciana*”, **Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los Derechos Reales)**. Armando Torrent Ruiz (Coordinador). Edisofer S. L., Libros Jurídicos. Madrid, 2001, p. 415.

2 *Idem*, p. 416.

3 *Idem*, p. 419.

Esta comunidade da casa (*domus*), que efetivamente existiu, foi, em primeiro lugar, comunidade de culto, e, em segundo lugar, uma comunidade de vida agrícola que se integrava pelas coisas de uso comum.

O conceito, portanto, de união familiar supunha um núcleo organizado sob o poder de um representante do grupo, o *paterfamilias*, com regras jurídicas certas para a aquisição, perda ou proteção dos direitos.

Esta “propriedade” familiar, para a qual falta uma palavra precisa no antigo direito romano, já que a palavra *proprietas* apareceu tardiamente, não era pessoal e exclusiva do *paterfamilias*, mas pertencente ao núcleo doméstico como um todo, e este direito de conjunto sobre o patrimônio, indicado pelos jurisconsultos Gaio,⁴ e Paulo,⁵ e depois confirmado por Gaio,⁶ só podia ser exercido pelo *paterfamilias*, que, em nome dos demais membros da família, tinha o direito de disposição sobre os bens.

Longe, pois, de se atribuir aos romanos a origem do direito absoluto da propriedade individual, ao contrário, a História leva-nos à convicção de que eles tiveram perfeita noção e prática do sentido social da propriedade.

3. O VOCÁBULO RES E A CLASSIFICAÇÃO DAS COISAS

Desde os Comentários de Gaio (*Institutiones*) até a civilística moderna, a classificação das coisas vem obedecendo a um critério de exposição simples e, portanto, de fácil compreensão.

Gaio, na sua clareza tão característica, depois de tratar do direito das pessoas,⁷ sucintamente, assim expõe a classificação das coisas:

*(...) modo uideamus de rebus: quae uel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur.*⁸

4 G. 2, 157.

5 D. 28, 2, 11.

6 G. 3, 154. Cf. FUENTESECA DEGENEFTE, ob. cit., p.421.

7 G. 2, 1: *Superiore commentario de iure personarum exposuimus* (No comentário anterior falamos do direito das pessoas).

8 G. 2, 1: (...) tratemos agora das coisas: as coisas, ou são de patrimônio privado, ou estão fora dele.

Em seguida, depois de esclarecer que algumas coisas são de direito divino, outras de direito humano, e que as coisas de direito divino não pertencem a quem quer que seja, enquanto as de direito humano normalmente integram o patrimônio de alguém,⁹ vai direto às coisas de direito humano, distinguindo-as em públicas ou privadas.¹⁰ Relativamente às públicas, que mais nos interessam no momento, Gaio deixa bem claro:

*Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur.*¹¹

Tal noção, que emana do próprio bom senso, típico dos romanos, conforme já sustentamos em outra ocasião,¹² veio consolidando-se ao longo dos séculos e consubstanciou-se nas legislações modernas e contemporâneas, inclusive no Código Civil brasileiro de 1916, segundo o qual entendem-se como bens públicos: “os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças” (art. 66).

O atual Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003) mantém o mesmo entendimento:

Art. 99. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

9 G. 2, 9: *Quo autem divini iuris est, id nullius in bonis est: id uero quod humani iuris est plerumque alicuius in bonis est ;(...).*

10 G. 2, 10: *Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut priuatae* (As coisas que são de direito humano dividem-se em públicas e privadas)

11 G. 2, 11: As (coisas) públicas reputam-se de ninguém, pois são consideradas da própria comunidade.

12 **Temas críticos do direito à luz das fontes.** Edições Livro é Cultura, Curitiba, 1986, p. 12.

A doutrina brasileira, pois, partindo do princípio de que um dos requisitos para que a coisa, na acepção de bem, possa fazer parte das relações jurídico-patrimoniais, tem sustentado que ela seja *in commercio* e não *extra commercium*, de acordo com o que já prescrevia o Código Civil brasileiro de 1916.

Estas expressões latinas não guardam, como se sabe, restrições à atividade meramente mercantil. Seu significado tem amplitude econômica e social, no sentido de ser ou não possível ou facultado a certas coisas corpóreas e incorpóreas entrarem para a existência da propriedade particular e em geral para as relações de direito privado. Nisso se resume a noção de comércio. Em oposição ao dispositivo supracitado, a coisa *in commercio* pode ser comprada, vendida, doada, locada, entrar no regime patrimonial da família, ser levada à sucessão, sofrer o domínio, os ônus reais, a posse, etc.¹³

Na concepção de CLÓVIS BEVILÁQUA, *as coisas fora do comércio* são “aquelas sobre as quais os particulares não podem exercer direitos exclusivos, ou que não podem alienar”.

Explica em sua vasta obra¹⁴ existirem duas classes de coisas que se acham fora do comércio: umas por serem individualmente inapropriáveis; outras, porque o direito as subtrai à circulação.

ANTÔNIO CHAVES, ao salientar as espécies de bens que eram tidos pelo direito romano como *extra commercium*: as *res communes*, que a própria natureza destina ao uso comum de todos, como o calor e a luz solar, o ar, a água dos rios públicos ou do mar; as *res divini iuris*, como as coisas santas (portas e muralhas da cidade); as religiosas (túmulos) e as sagradas ou consagradas ao culto dos deuses (templos), acrescenta:

Insuscetíveis de apropriação são também muitos dos direitos da personalidade, ou concernentes ao estado das pessoas, como os direitos à liberdade, à igualdade, à vida, à segurança pessoal, à isenção de tortura e maus tratos, ao reconhecimento como pessoa,

13 BENTO DE FARIA, A. **Elementos de direito romano**, Ed. J. Ribeiro dos Santos, Rio de Janeiro, 1907, p. 342, citado por OLIVEIRA, M., in “Coisa *in commercium*”, **Enciclopédia Saraiva do Direito**, S. Paulo, 1977, p. 27.

14 Cf. BEVILÁQUA, C. **Teoria geral do direito civil**. Segunda edição, Rio de Janeiro, 1929.

*à proteção legal, à justiça, à defesa, ao segredo, à honra, à locomoção, ao asilo, à nacionalidade, e outros.*¹⁵

Na explicação de MOREIRA ALVES, as coisas quanto à sua comercialidade se classificam em:

- a) coisas “*in commercio*” e coisas “*extra commercium*”; e
- b) coisas “*in patrimonio*” e coisas “*extra patrimonium*”.

Considerando que, em geral, as coisas são *in commercio*, o ilustre romanista limita-se a analisar apenas as *extra commercium*, já que as demais se capitulam entre as primeiras.

Assim, com base no já citado texto de Gaio,¹⁶ passa a ocupar-se das coisas *extra commercium*, que são classificadas, por sua vez, em coisas de direito divino (*res diuini iuris*) e coisas de direito humano (*res humani iuris*).

Sobre as primeiras, assim expõe:

As *res diuini iuris* se subdividem em três categorias:

- a) *res sacrae* (coisas sagradas), que são as coisas consagradas aos deuses superiores; assim, os templos e os objetos destinados ao culto;
- b) *res religiosae* (coisas religiosas), que são as coisas consagradas aos deuses manes (isto é, aos deuses subterrâneos, pois os antigos, durante o paganismo, julgavam que os seus antepassados continuavam a viver, em espírito, em suas sepulturas, tendo certas necessidades dos vivos – daí, todos os anos, lhes levarem alimentos, os quais se depositavam sobre o túmulo); assim, as sepulturas (que pertenciam aos espíritos dos mortos nelas enterrados) e
- c) *res sanctae* (coisas santas), que são as coisas que, embora não sejam consagradas aos deuses, eram de tal importância que se achavam sob a proteção deles, em decorrência de cerimônia religiosa realizada pelos áugures; por exemplo: as portas e os muros das cidades.¹⁷

15 CHAVES, A. “Coisa fora do comércio”, in **Enciclopédia Saraiva do Direito**. S. Paulo, 1977, vol. 16, p. 22.

16 G. 2, 1-11.

17 MOREIRA ALVES, J. C. **Direito romano**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 13ª Edição, 2002, Vol. I, p. 144.

Quanto às *res sacrae*, evidentemente, não se entendiam como coisas sagradas no sentido atual, conforme bem explica o citado autor:

Durante o paganismo, para que uma coisa passasse a *res sacra* era preciso lei, *senatus-consulto* ou constituição imperial nesse sentido, bem como uma cerimônia religiosa – denominada *consecratio* ou *dedicatio*; outra cerimônia religiosa – a *profanatio* – fazia que a coisa deixasse de ser *res sacra*. No direito justiniano, com o cristianismo como religião oficial, é o bispo quem dá à coisa o caráter de *res sacra*, que é aquela destinada ao culto cristão.¹⁸

No tocante às *res extra commercium* de direito humano (*res humani iuris*), cuja classificação não se vê completa em Gaio, encontramos-las, todavia, nas *Institutiones* de Justiniano, em que voltam a aparecer as *res publicae*, já classificadas por Gaio, acrescentando-se duas outras categorias: as *res communes omnium* e as *res uniuersitatis*, que nos interessam particularmente neste trabalho.

Eis o texto, que traduzimos, na medida do possível, literalmente:

No livro anterior tratamos do direito das pessoas; agora vamos tratar das coisas; destas, umas podem fazer parte do nosso patrimônio, outras lhe são estranhas. Pois algumas são comuns a todos por direito natural, algumas são públicas, algumas pertencem a uma universalidade, algumas não têm dono, algumas pertencem a particulares, que as adquirem por várias causas, como a seguir se verá.

1. Por direito natural são comuns todas as coisas seguintes: o ar, a água corrente, o mar e o seu litoral; pois a ninguém se pode impedir o acesso ao litoral. De fato a ninguém pode ser proibido o acesso ao litoral, contanto que se abstenha de tocar nas granjas, nos monumentos e edifícios, coisas que não são de direito das gentes, assim como o mar. 2. Todos os rios e portos são públicos; por isso o direito de pescar, tanto no porto como nos rios, é comum a todos. 3. O litoral marítimo se estende até o limite máximo atingido pelas ondas hibernais. 4. Também o uso público das margens dos rios, como o destes, é de direito das gentes; por

18 *Idem, ibidem.*

isso nelas abicar as naus, prender os cabos nas árvores aí nascidas, depositar cargas nas margens é lícito a quem quer que seja, bem como navegar no próprio rio.¹⁹

Na explicação de MOREIRA ALVES, as *res communes omnium* (coisas comuns a todos) são “aquelas que a natureza coloca à disposição de todas as pessoas, e que, em virtude de sua extensão, não podem ser apropriadas, no todo, por ninguém; assim, o ar atmosférico, o mar”. As *res uniuersitatis*, por sua vez, “são aquelas que pertencem, não aos cidadãos individualmente, mas às cidades”, sendo importante atentar ainda para o seguinte:

Nos textos romanos, encontramos a classificação das coisas em *res in patrimonio* e *res extra patrimonium*, denominações usadas, em geral, para significar o mesmo que *res in commercio* e *res extra commercium*.

No entanto, às vezes, a expressão *res extra patrimonium* é utilizada em significado diverso de *res extra commercium*: como coisa que, embora sendo suscetível de alienação (e, portanto, *in commercio*), não se encontra, num dado momento, dentro do patrimônio de alguém, (por exemplo, as *res nullius*, coisas de ninguém, como pérolas no fundo do mar; e as *res derelictae*, coisas abandonadas por seu dono e que ainda não foram apropriadas por outrem). Donde se conclui que as *res in patrimonio*, com relação ao mesmo critério, são as que, num certo momento, se acham dentro do patrimônio de alguém.²⁰

19 I, 2, 1, pr. 1-4. *Superiore libro de iure personarum exposuimus: modo uideamus de rebus. Quae uel in nostro patrimonio uel extra nostrum patrimonium habentur. Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam uniuersitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae uariis ex causis cuique adquiruntur, sicut ex subiectis apparebit. 1. Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen a uillis et monumentis et aedificiis absteineat, quia non sunt iuris gentium, sicut est mare. 2. Flumina autem omnia et portus publica sunt: ideoque ius piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. 3. Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. 4. Riparum quoque usus publicus est iuris gentium, sicut ipsius fluminis: itaque naues ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere cuiilibet liberum est, sicut per ipsum flumen nauigare.*

20 MOREIRA ALVES, J. C., ob. cit., p. 145.

É evidente que o texto acima citado das *Institutiones* de Justiniano não esgota todos as situações das *res communes omnium* (coisas comuns a todos) incluídas na categoria de *res extra commercium* (coisas fora do comércio), insuscetíveis de exploração comercial.

Por óbvio, incluem-se também nesta categoria os caminhos, as ruas das cidades, as estradas, as vias públicas em geral, as praças públicas, etc., porque o conceito de *res* abrange múltiplos significados.

A propósito, especificamente acerca do sentido do vocábulo *res*, merece aqui especial menção a interessante e valiosa contribuição do romanista peruano ANTÚNEZ Y VILLEGAS:

En primer término, encontramos que, cuando nos referimos a las cosas o los derechos que sobre ellas existen, utilizamos la frase Derechos Reales. Esta denominación actual tiene su origen lingüístico en el vocablo *res*, palabra que deriva del sanscrito *rai* y que se ha traducido a nuestro idioma como *cosa*. Sin embargo, es preciso anotar que el vocablo, en el uso de los juristas romanos, tiene extensa connotación puesto que no solo significa objeto corporal sino también *asunto*, como por ejemplo, en la frase *rerum divinarum et humanarum scientia, causa en res effectae; circunstancia en ex re et ex tempore: hecho, en non re sed nomine; patrimonio, en res avita et patria*, de manera tal que no resulta extraña sino explicativa, la frase de Ulpiano “*rei appellatione et causae et iura continentur*” (D. 50, 16, 23), expresión que puede traducirse como **en la denominación cosa se comprende la causa como los derechos** (grifos no original).²¹

Lembrando a classificação resumida que o DR. CARLOS RODRÍGUEZ PASTOR ensinava em suas classes de Direito Romano, VILLEGAS faz a seguinte explanação sobre as coisas que pertencem a todos ou são utilizadas por todos os membros do povo, ou têm uma situação especial em determinado momento, não podendo, portanto pertencer a ninguém em particular:

21 ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L. E. “Propriedad, posesión, tenencia. Apuntes para dialogar”, *in Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano (Los Derechos Reales)*, Armando Torrent Ruiz (Coordinador). Edisofer S. L. Libros Jurídicos. Madrid, 2001, p. 360.

Así, las cosas *communes*, son las que no pertenecen a nadie en particular y pueden ser usadas por todos los integrantes de una coletividad: el agua, el aire. Las cosas *publicae*, que no son de dominio privado sino que pertenecen a todos los miembros del pueblo y su uso corresponde a todos, tal como los caminos, los ríos, las plazas públicas. Las *res universitatis* eran las que pertenecían a una comunidad y con la misma finalidad de las públicas, como por ejemplo, los teatros públicos, los circos, etc.²².

4. O SALTO BRUSCO PARA A “PÓS-MODERNIDADE” CAPITALISTA

Todas estas considerações levam-nos a ver com muita preocupação a profunda decadência a que chegamos no mundo contemporâneo, constringendo-nos cada vez mais a sujeitar-nos a um verdadeiro processo de comercialização da coisa pública.

A pretexto de que a administração pública é ineficiente, abre-se espaço ao oportunismo, ante a voracidade de lucro por parte de setores privados, ávidos de tirar proveito econômico do patrimônio de todos, quase sempre sob promessas de oferecer melhores serviços.

Assim ocorre, por exemplo, com a imposição de pagamento de pedágios em estradas, com a exigência de pagamento para estacionar automóveis em ruas e logradouros públicos, e em muitas outras situações similares. Geralmente, sem a correspondente retribuição que justifique tal cobrança e apesar do ônus que já sobrecarrega os cidadãos com elevadas cargas tributárias, portanto, em flagrante e condenável bi-tributação.

Com o passar do tempo, na medida em que a participação popular na administração da coisa pública decai e as formas autoritárias de governo se sobrepõem, tudo passa a sofrer graves distorções.

Na verdade, só com o advento do capitalismo é que teve início o amplo processo de deterioração do sentido da coisa pública e, por conseqüência, o avanço cada vez mais acelerado da exploração econômica das *res publicae* e das *res communes*.

Sem que seja este o momento de fazermos uma longa retrospectiva histórica do capitalismo, poderíamos talvez sintetizar, identificando quatro ciclos

22 *Idem, ibidem.*

sistêmicos de acumulação do capital, cada um deles associado ao respectivo Estado nacional ou Cidade-estado, a exercer a hegemonia em cada um dos seguintes ciclos:

Um ciclo genovês, do século XV ao início do século XVII; um ciclo holandês, do fim do século XVI até a terça parte do século XVIII; um ciclo britânico, da metade do século XVIII até o início do século XX; e, por último, um ciclo norte-americano, que teve início no final do século XIX e prossegue até os dias de hoje.

Estes ciclos sistêmicos se superpõem consecutivamente em períodos com duração aproximada de um século cada um, sem que esteja presente na sua análise algum determinismo ou fixidez temporal, daí a razão por que se associa a cada um a idéia de “século longo”.²³

Nas atuais circunstâncias, mesmo considerando que o fenômeno da globalização assumiu importância central na sociedade capitalista, tendo alcançado uma espécie de consenso geral, tão abrangente, a ponto de ter sido denominado “pensamento único”,²⁴ no entanto, a partir de uma perspectiva crítica, pode entender-se como o conceito mais importante para representar a própria destruição da economia moderna.

Se considerarmos que a globalização expressa a atual forma hegemônica de funcionamento das relações entre Estados, Nações e populações em âmbito mundial, então, (...) a globalização representa a própria dinâmica do mercado mundial, isto é, a categoria conceitual que buscaria expressar e explicar as dimensões histórico-temporais, os espaços geográficos e as relações de produção através das quais se manifestam a lógica e as contradições que caracterizam o movimento das relações sociais capitalistas no atual estágio da história da humanidade.²⁵

23 Cf. ARRIGHI G., citado por LIMA FILHO, D. L. **Dimensões e limites da globalização**. Editora Vozes, Petrópolis, 2004, p. 32.

24 RAMONET, I., em editorial do **Le Monde Diplomatique**, janeiro de 1995.

25 LIMA FILHO, D. L., ob. cit., p. 17. Cf. SANTOS, B. de S. **O fórum social mundial : Manual de uso**. Cortez Editora, São Paulo, 2005, p. 15 e ss. Cf. CASTRO, C. H. de. **A globalização: definição, efeitos e possibilidades no Direito**. Curitiba, 2001, p. 19 e ss.

Não obstante a veemência, a obstinação e a “certeza de verdade” com que os defensores da idéia da globalização, como oráculos de um novo tempo, defenderam suas teses, “as evidências da história mais recente parecem desautorizar o entusiasmo quanto aos efeitos benéficos e desejáveis para os desígnios finais supostamente harmoniosos que colheria a humanidade sob a era da globalização”.²⁶

Da mesma forma, tudo leva a crer que vêm sendo ineficazes neste sentido as chamadas políticas neoliberais, que seriam a materialização das condições de desenvolvimento e expansão da realidade da globalização: abertura dos mercados nacionais de bens e serviços, abertura de mercados financeiros e remoção de quaisquer barreiras aos fluxos de capital, desregulamentação das relações capital-trabalho, privatização das empresas estatais, programas de ajuste estrutural para redefinir a ação do Estado no âmbito da economia e das políticas sociais.²⁷

Estabeleceu-se uma pretensa “aliança” entre o mercado e a humanidade, constituída pela mundialização das finanças, do capital, dos mercados e de suas estratégias, assim como pelas revoluções científicas e tecnológicas a modificarem a condição humana, impulsionando uma nova forma de sociedade, a sociedade da informação, da competição, de tal sorte que cada indivíduo, cada grupo social, cada comunidade territorial deva ser melhor, mais forte, sob pena de, não o sendo, sofrer a eliminação por outrem que o será.

Sob a imposição de liberação dos mercados nacionais para garantir a livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas, considerou-se “herética” qualquer forma de proteção nacional,²⁸ devendo o Estado limitar-se apenas a criar o ambiente propício à ação das empresas para a fixação das regras do jogo da competitividade. Tudo sob o imperativo da privatização de partes inteiras da economia: transportes urbanos, ferrovias, rodovias, linhas aéreas, saúde, hospitais, escolas, bancos, seguradoras, cultura, distribuição de água, energia elétrica e de gás, serviços administrativos, etc.

26 LIMA FILHO, ob. cit., p. 22. Este autor lembra muito bem que o próprio Banco Mundial, já em seu *Informe sobre el Desarrollo Mundial 2000/2001: lucha contra la pobreza*, reconheceu o agravamento da exclusão social em nível global, propondo estratégias para o “alívio da pobreza” em um mundo “caracterizado pela desigualdade”.

27 *Idem*, p. 35.

28 *Idem*, p. 38.

Pretendeu-se assim considerar não apenas o capitalismo, porém, particularmente, sua forma histórica de liberalismo de mercado a forma natural e final da humanidade, como tendo alcançado o seu desfecho final – o “fim da história”.²⁹

Porém, já em sua origem, o liberalismo havia expressado a realidade do capitalismo como a transição de poder da nobreza feudal e do clero à burguesia industrial e mercantil e assim foi passando pelas transições subseqüentes.

Realmente, o capitalismo foi passando pela Revolução Industrial, pela fase pós-industrial e assim por diante. Porém, é necessário sempre enfatizar que o mercado nunca foi o reino da liberdade e hoje, sob a globalização, menos ainda o é. Basta dizer que o contrato estabelecido entre o capitalista e o trabalhador é livre apenas como simulacro jurídico.

De fato, a condição essencial do capitalismo é a produção de mais-valia, que não pode ter origem no próprio capital, em sua forma de dinheiro, nem tão pouco na compra e venda, na forma de circulação de mercadorias, mas supõe necessariamente a força do trabalho, que só pode ser colocada no mercado pelo trabalhador. Daí a necessidade que o capitalismo encontrou de criar a imagem do “trabalhador livre” como pressuposto histórico para justificar sua própria razão de ser.

Todavia, em primeiro lugar, longe de esta relação entre o trabalhador e o capitalista ser juridicamente uma relação de iguais, ao contrário, o trabalhador deve vender sua mercadoria (força de trabalho) em parcelas, pois vendê-la na totalidade significaria simplesmente transformar-se, ele mesmo, possuidor de uma mercadoria, em escravo.

Em segundo lugar, basta qualquer um assomar-se ao mercado para comprovar que sem dinheiro não há qualquer liberdade, pois que o mercado é um campo onde dominam os fortes. Ademais, os estudos empíricos contrariam a teoria liberal do mercado: mais que conduzir à eliminação automática de desigualdades, o livre mercado reflete e amplifica as desigualdades existentes na competitividade internacional.³⁰

29 Vide FUKUYAMA, F. **El fin de la historia y el último hombre**. Barcelona, Planeta, 1992.

30 LIMA FILHO, D. L., ob. cit., p. 41.

Atualmente, vivemos sob o signo do pós-modernismo. Não se trata de uma nova estrutura social, mas de uma modificação sistêmica da estrutura vigente.

Conforme JAMESON,³¹ é necessário precisar a modificação sistêmica do capitalismo identificada como *late capitalism* (o último capitalismo). Para ele, “capitalismo tardio” tem significado semelhante a “capitalismo multinacional”, “sociedade do espetáculo ou da imagem”, “capitalismo da mídia”, “sistema mundial”, ou mesmo “pós-modernismo”. Todos estes termos, em seu entender, referem-se à fase atual, ao capitalismo avançado ou último – no sentido do presente – capitalismo em que o mercado assume dimensão mundial.

Fala-se em “acumulação flexível”, que incide não somente sobre a economia, mas também impõe à sociedade novos valores, novos hábitos e transformações culturais baseadas em situações efêmeras, na instabilidade, nas modas fugazes que ditam costumes e padrões de comportamento, cultuando um individualismo exacerbado. “Emerge desta forma, um novo ‘contrato social’, com novos atores representados pelos produtores e por consumidores seduzidos pela mídia e afoitos em adquirir os mais recentes produtos difundidos pelo novo paradigma da acumulação flexível”.³²

Convém lembrar que, a partir de 1930, com a ocorrência da Grande Depressão e com a subsequente mobilização da época da guerra, apresentaram-se como principais características do capitalismo, o planejamento em larga escala, através de um sistema acoplado de máquinas, assim como a completa racionalização do processo de trabalho.

Neste período de expansão material, a economia capitalista permaneceu controlada sob as bases de um sistema de paridades cambiais entre as principais moedas nacionais e o dólar norte-americano e deste em relação ao ouro, com o chamado padrão ouro-dólar.

Tal medida foi estabelecida pelo Fundo Monetário Internacional – FMI - e pelo Banco Interamericano para a Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (Banco Mundial), criados na Conferência de Bretton Woods, em julho de 1944, com o objetivo inicial de reconstrução das economias arrasadas pela Segunda Guerra.

31 JAMESON, F. **Pós-modernismo: a lógica cultural do capitalismo tardio**. S. Paulo, Ática, 1997. Cf. LIMA FILHO, D. L., ob. cit., p. 45.

32 DELGADO, A. P. T. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização – Paradoxos e desafios**. Biblioteca de Teses. RENOVAR, S. Paulo, 2001, p. 17.

Porém, logo estas instituições passaram a exercer um papel de regulação da economia capitalista mundial, sob a hegemonia norte-americana, papel este semelhante ao que anteriormente vinha exercendo a Grã-Bretanha.

Um novo modelo social e cultural de vida foi criado então, no período pós-guerra, numa combinação de Estado de Bem-Estar Social (“Welfare State”), passando o Estado, com a chamada Social Democracia, a constituir-se como o próprio agente a viabilizar o desenvolvimento capitalista e assumir novos papéis no desenvolvimento de políticas sociais que pudessem minimizar as desigualdades acarretadas pelo próprio sistema capitalista.

Porém, já a partir da década de 1960, por um processo que se radicalizaria nas décadas seguintes, ao ritmo de sons e imagens provenientes de um estonteante desenvolvimento das mídias, com base na tecnologia microeletrônica e informática, um processo “mais novo” de dominação capitalista passou a impor-se às massas.

Paralelamente, desde os anos de 1990, sob o impulso das instituições financeiras internacionais, principalmente do Banco Mundial, assim como da Organização Mundial do Comércio e do próprio Fundo Monetário Internacional, uma nova concepção de “valores” emerge, num misto entre saberes, conhecimentos e informações como objetos de consumo, exaltando-se acima de tudo as virtudes da denominada “Sociedade da Informação”.

Em outras palavras, a própria cultura vira mercadoria, o mercado é o substituto da cultura e consumir é o estilo de vida, espírito da época, ou lógica cultural. Nesta “nova” lógica cultural que ocorre no contexto do fenômeno da globalização do capital, elaborações entusiastas identificam a emergência de imperativos finalistas de diversas ordens: fim da ideologia, das classes sociais, da social democracia, do Estado do Bem-Estar, etc. Ao cenário social que é caracterizado pela reunião dessas manifestações, freqüentemente e imprecisamente designado como “pós-modernismo”, se atribui uma dinâmica nova e distinta de organização societária”.³³

33 LIMA FILHO, D. L., ob. cit., p. 46.

Ainda no limiar de 1980, iniciou-se uma era de reformas neoliberais, fundamentadas principalmente na desregulamentação, privatização e liberação da economia. A desregulamentação dos direitos sociais e trabalhistas³⁴ veio acompanhada de uma reestruturação produtiva, tendo por mecanismo básico a redução salarial, o desemprego e o enfraquecimento dos movimentos sindicais.

Em verdadeiro processo de desmonte do patrimônio público, o movimento de privatização acelerou a transferência da coisa pública para os capitais privados e a redução das atividades estatais referentes às políticas públicas de caráter social, sobretudo de saúde, educação e infra-estrutura.

A liberação de mercados de bens, serviços e capitais permitiu a livre ação dos capitais transnacionais e o seu controle sobre amplas esferas das economias nacionais. Assim, a partir da década de 1980, tais controles, submetidos a programas de ajuste estrutural, monitorados pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional, para muitos países em desenvolvimento, inclusive para o Brasil, resultaram na chamada “década perdida” para a economia.³⁵

5. AS *RES EXTRA COMMERCIIUM* NA ERA DAS PRIVATIZAÇÕES

Neste contexto histórico da “década perdida de 1980”, caracterizada pelas conseqüências negativas, não só sobre o desempenho das empresas, mas da economia como um todo, afetando em muitos casos certos setores fundamentais para o crescimento, como, por exemplo, o setor de energia elétrica, surgiu a “onda” das privatizações.

Mais uma vez, encontrou-se uma forma de fazer a sociedade arcar com as conseqüências dos déficits das contas do Estado capitalista.

A crise antecedente, do final da década de 1970, resultante, principalmente, do progressivo aumento da dívida pública, havia levado muitos Estados a um grave impasse ante a dificuldade de promover aumentos adicionais da carga tributária, em constante e demasiada elevação, principalmente desde o final da Segunda Guerra.

34 Cf. FONSECA, R. T. M. da. “A dignidade da pessoa: um valor fora do comércio e ínsito ao trabalho”, *in* **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, número 40. Curitiba, 2004, p. 123 e ss.

35 LIMA FILHO, D. L., *ob. cit.*, p. 54.

Surgiu então, na maioria dos países capitalistas, como resposta à existência de um desajuste das contas públicas, a decisão de privatizar.

Como conseqüência da crise fiscal, a venda de ativos produtivos do Estado passou a ser vista como forma de viabilizar uma melhora da situação das finanças públicas: por um lado, os recursos gerados colaborariam para uma redução do estoque da dívida pública; por outro, a transferência de propriedade das empresas estatais representaria a redução da demanda por recursos fiscais, à medida que a operação das empresas e mesmo a ampliação de sua capacidade produtiva deixariam de ser responsabilidade do Estado.³⁶

No Brasil, sem dúvida, o principal argumento utilizado para “justificar” o movimento de privatização foi precisamente o de gerar recursos para a redução da dívida pública. Tal movimento pode ser dividido em três fases principais: a) a que ocorreu nos anos de 1980; b) a que foi de 1990 a 1995 e c) a que teve início em 1995.

A primeira fase caracterizou-se como uma espécie de “re-privatização”, pois teve como objetivo principal o saneamento financeiro do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Não houve propriamente privatização de “grandes” empresas estatais nesta fase. Entretanto, serviu como uma espécie de balão de ensaio para as fases posteriores e como trabalho preparatório de indução do pensamento coletivo para predispor a opinião pública em favor das privatizações. Por sua vez, o próprio BNDES acabou por se tornar o principal agente de privatização da política governamental.

A segunda fase teve início com o Plano Nacional de Desestatização – PND. Foi quando se privilegiou a venda de empresas tradicionalmente estatais, ao contrário do que ocorreu na primeira fase, em que se deu prioridade às privatizações de empresas que já tinham sido do setor privado.

A terceira fase, mais agressiva, priorizou a privatização das empresas dos setores industriais, tais como a siderurgia, a petroquímica e os fertilizantes.

36 GIAMBIAGI, F. e ALÉM, A.C. **Finanças públicas – Teoria e prática no Brasil**, 2ª. edição, Editora Campus. S. Paulo, 2001, p. 372. Valendo-nos substancialmente desta obra para fundamentar esta parte do presente trabalho, abreviaremos a citação daqui para frente, mencionando apenas GIAMBIAGI, F.

Assim, com a privatização de empresas altamente lucrativas, tecnologicamente atualizadas e de grande porte, ficou clara a intenção de impressionar a opinião pública no sentido de dar credibilidade às intenções de privatização do governo.³⁷

O que mais causa perplexidade é não só o apetite voraz deste processo de privatização como também o fato de ele avançar sobre setores que, a nosso ver, nunca poderiam ser privatizados e, sobretudo, porque, em contraste com a fase anterior, esta “caracterizou-se, principalmente, pela privatização dos serviços públicos - com destaque para os setores de energia elétrica e telecomunicações – e pela magnitude das receitas envolvidas, podendo ser considerada como a fase das ‘mega-privatizações’, ou da venda de algumas ‘jóias da coroa’ do Tesouro Nacional”,³⁸ muito embora o valor alcançado com a venda tenha sido verdadeiramente pífilo.

Além do mais, na grande maioria destas privatizações, o BNDES permitiu o financiamento de até setenta por cento do valor das vendas, com amortização do principal em até dez anos, tendo um ano de carência e com taxas de juros de doze por cento ao ano, acima da correção monetária.

Segundo informações do próprio BNDES (1990), no período entre 1987 e 1989, quase oitenta por cento dos compradores utilizaram o financiamento para realizar suas compras,³⁹ razão óbvia, a nosso modesto juízo, da necessidade de saneamento do mesmo banco, conforme dito anteriormente, a fim de poder continuar oferecendo aos “compradores” da coisa pública negócios tão sedutores na continuidade do processo de privatização.

Em meio a este crescente assalto à coisa pública, o Estado passou a ser de certa forma uma espécie de “quase-Estado”, detentor simplesmente de uma soberania inócua e caracterizado mais por valores e interesses privados do que pelo interesse público, em prejuízo, obviamente, dos direitos da pessoa humana.⁴⁰

37 *Idem*, p. 377.

38 *Idem*, p. 379.

39 *Idem*, p. 381. Vale lembrar que o BNDES foi criado em 1952, pela Lei número 1.628, para financiar a formação da infra-estrutura essencial ao aprofundamento do processo de industrialização do Brasil.

40 Cf. DELGADO, A. P. T., *ob. cit.*, p. 50.

A partir do Plano Nacional de Desestatização, a privatização passou a ser a grande prioridade da política econômica brasileira, integrando o plano das reformas estruturais, com o objetivo de alcançar a “modernização” do papel do Estado e da economia.

De fato, pela Medida Provisória número 155 - aprovada em 12 de abril de 1990 e transformada na Lei 8.031, foram determinados como principais objetivos do programa os seguintes:

- a) O reordenamento estratégico do Estado na economia, no sentido de que o Estado deveria abandonar os setores nos quais o setor privado estivesse apto a operar. Estabeleceu-se que a ação direta do Estado deveria concentrar-se nas atividades tipicamente públicas, como educação, saúde, justiça, segurança e regulação.
- b) A redução da dívida pública, utilizando-se as receitas geradas pela venda das empresas estatais para o cancelamento de parte da dívida pública.
- c) A retomada dos investimentos nas empresas privatizadas, com a transferência das empresas estatais para o setor privado. Pretendeu-se assim promover os investimentos necessários para a retomada de uma taxa de crescimento sustentado.
- d) A modernização da indústria, com a ampliação de sua competitividade e reforço da capacidade empresarial, aumentando seus níveis de eficiência e produtividade.
- e) O fortalecimento do mercado de capitais, mediante a colocação de ações ao público com a concentração das atividades das bolsas de valores em poucos papéis.⁴¹

Quanto à forma de pagamento na compra dessas empresas estatais, o governo, além de oferecer financiamentos nas condições acima, permitiu o uso das “moedas de privatização”, como também criou os certificados de privatização (CP), sob a justificativa de contribuir para o ajuste fiscal e a inclusão do sistema financeiro no Plano Nacional de Desestatização.

Estes títulos, como títulos nominativos, emitidos pelo Tesouro, só seriam negociáveis com a autorização expressa do Ministério da Economia. Além disso,

41 GIAMBIAGI, F., ob. cit., p. 383.

como as principais moedas do processo de privatização, passaram a ser títulos de aquisição compulsória pelos bancos, seguradoras e fundos de pensão.

Algumas mudanças significativas ocorreram na condução do Plano Nacional de Desestatização a partir da Medida Provisória número 841, de 19 de janeiro de 1995. Com o objetivo de agilizar as decisões do programa, que anteriormente eram tomadas pela Comissão Diretora, passaram a ser de responsabilidade do Conselho Nacional de Desestatização, integrado por Ministros de Estado ligados ao Plano.

Com o advento da lei geral das concessões – Lei número 8.987/95 - e da lei que definiu o regime de concessões de serviços públicos – Lei número 9.074/95–, foram também incluídos no Plano Nacional de Desestatização os setores de infra-estrutura e de serviços de utilidade pública,⁴²

Enquanto isso, mais ao norte, precisamente em San Francisco da Califórnia, materializava-se o sonho dourado das elites capitalistas.

Nesse ambiente carregado de História, em fins de setembro de 1995, um homem que também soube fazer História, Mikhail Gorbachev, recepcionou a elite do mundo. Mecenas americanos, gratos por sua atuação no desmonte da União Soviética, patrocinaram-lhe a sede local para a Fundação Gorbachev, ironicamente localizada no Presídio, instalação militar desativada depois do fim da Guerra Fria, ao sul da ponte Golden Gate. Na ocasião, o prestígio de Gorbachev motivou quinhentos cientistas e líderes empresariais ou políticos a voarem para lá. O novo *braintrust* global, como o último presidente da União Soviética e ganhador do Prêmio Nobel definiu o conclave, devia apontar caminhos para o século 21, ‘rumo a uma nova civilização’.⁴³

Iniciava-se desta forma –poderíamos assim dizer– o desmonte do mundo e sua reorganização, sob o pressuposto de um pensamento único, um império

42 *Idem*, p. 385.

43 Discurso de 27 de setembro de 1995 em San Francisco. Cf. MARTIN, H.-P. e SCHUMANN, H. **A armadilha da globalização – O assalto à democracia e ao bem-estar social**. Trad. Waldraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz. São Paulo, 3ª. Edição, 1998, p. 8.

único e a criação de um único poder global: o “Deus-Todo-Poderoso” chamado Mercado.

Conseqüentemente, no Brasil, já a partir de 1995, começou a privatização dos serviços públicos, com destaque para a comercialização dos setores públicos de telecomunicações e energia elétrica.

Inicialmente, o governo brasileiro colocou à venda as empresas distribuidoras de energia que pertenciam ao governo federal e integravam a *holding* Eletrobrás: Escelsa e Light. Em seguida, tentou a venda das quatro empresas geradoras da mesma Eletrobrás: Furnas, Eletrosul, Eletronorte e Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco.

Porém, surgiu logo um problema, pois essas empresas forneciam energia para as empresas de distribuição pertencentes aos governos estaduais e muitas delas não vinham pagando às empresas federais, com séria ameaça ao sucesso da venda das subsidiárias da Eletrobrás. A solução só teria que ser a privatização das empresas distribuidoras, que, por serem estaduais, tiveram de se envolver em longas negociações com os governadores, nem todos dispostos a concordar.

No final, com exceção do que não foi possível concretizar graças à conscientização popular que conseguiu impedir, pelo menos em parte, quase todas foram privatizadas, abrindo caminho para a venda do grupo Eletrobrás.⁴⁴

Quanto à privatização das telecomunicações, apesar da forte resistência da sociedade e de ter iniciado depois do início do processo de privatização do setor elétrico, terminou antes da conclusão deste.

Neste setor, o processo teve início com a venda das concessões da chamada “Banda B” de telefonia celular, jornalisticamente conhecida como “venda de vento”, pois o que estava sendo leiloado era não o ativo, mas o direito de concorrência com as empresas públicas que já operavam com telefonia celular.

Posteriormente, as mais de vinte e cinco empresas estaduais subsidiárias da *holding* Telebrás passaram a ser divididas em empresas de telefonia básica e celular (“Banda A”), havendo um reagrupamento, com a formação de três grandes empresas regionais de telefonia básica, divididas geograficamente em oito empresas regionais de telefonia celular. Todas, juntamente com a Embratel como operadora internacional, foram vendidas em 1998.

44 GIAMBIAGI, F., ob. cit., p. 386.

Tendo estabelecido a concorrência, no interior de cada região, entre as empresas das bandas A e B de celulares, o processo foi completado com a venda das concessões para as denominadas “empresas espelho”. Essas novas empresas – uma por cada uma das 3 regiões em que se dividiu a telefonia básica e outra concorrente da Embratel – foram autorizadas a concorrer com as empresas já existentes, de modo a ter dois operadores por região, como passo prévio ao regime de plena liberdade de entrada, a ser implementado na década de 2000.⁴⁵

Como se pode facilmente concluir, o jogo de interesses econômicos relacionados com o processo de privatização, especialmente no âmbito do patrimônio público a envolver os setores de energia e comunicações, foi realmente brutal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista do exposto, muitas são as considerações críticas que podem ser aduzidas, sendo impossível esgotá-las nas limitadas dimensões do presente trabalho.

Com base nas perenes lições da experiência romana, sedimentada nos mais sólidos valores éticos e morais, que realmente orientaram a prática jurídica e social, principalmente no período da República, não se pode admitir que o “progresso” tecnológico a que chegamos atualmente justifique de alguma forma o retrocesso e as distorções de tais valores.

De fato, jamais se poderá considerar desatualizado, por exemplo, o conhecido aforismo que procede da longa tradição romanística: *Ex iniuria ius non oritur* (De um ato contrário ao direito não nasce um direito).⁴⁶

Assim, não se pode aceitar simplesmente o argumento de que o serviço público estaria sendo ineficiente e por isso mesmo certos setores do patrimônio público deveriam ser vendidos em proveito da exploração privada.

45 *Idem*, p. 387.

46 Cf. DOMINGO, R. (Coord.), CUENA, F., CHURRUCA, J. de., MOZOS, J. J. de los., CARBAJO, F. G., GÓMEZ-IGLESIAS, A., LINARES, J. L., MENTXAKA, R., SANCHEZ-OSTIZ, A. e VARELA, E. **Textos de derecho romano**. Aranzadi – A Thomason Company - Navarra, 2002, p. 306.

Há setores que, por sua própria natureza e especificidade, jamais podem ser entregues à atividade comercial, por serem claramente de exclusivo interesse da coletividade (*res communes omnium*, ou *res publicae*, portanto, *res extra commercium*).

No caso do processo de privatização no Brasil, os fatos falam por si mesmos, escancarando à evidência a contradição, inclusive das próprias regras do jogo capitalista.

É fácil entender a diferença entre as novas privatizações e as realizadas até 1995. Se o consumidor não estivesse satisfeito com a qualidade ou com o preço dos produtos de uma empresa siderúrgica, ele poderia adquirir os de uma concorrente ou, no limite, importar aço. Já um consumidor residencial que não estivesse satisfeito com o serviço do provedor de energia elétrica, não teria a alternativa de trocar de fornecedor nem de apelar para a aquisição de energia no exterior.⁴⁷

Por sua vez, tratando-se de privatizações sob disfarce de concessões, como é o caso da cobrança de pedágios em rodovias públicas,⁴⁸ é evidente que, no mínimo, deveria ser assegurado ao usuário (que já paga impostos), o direito de utilizar outra via alternativa de boa qualidade a conduzi-lo, sem qualquer ônus, ao destino desejado, o que não ocorre geralmente no Brasil.

É óbvio, pois, que a cobrança de pedágio, nestas circunstâncias, não passa de uma forma camuflada de apropriação indevida do espaço público pelo setor privado, além de se tratar de evidente violação do direito à liberdade, consubstanciado no direito natural de ir e vir.

Até mesmo os mais ferrenhos defensores da economia liberal, como é o caso de XAVIER SALA I MARTÍN, que defende o mercado como se fosse a única

47 GIAMBIAGI, F., ob. cit., p. 386.

48 Sobre este tema já tivemos oportunidade de discorrer em trabalho apresentado pela primeira vez durante o X Congresso Latino-Americano de Direito Romano, em Buenos Aires, Argentina, em 1996. Cf. “Da violação da liberdade na cobrança de pedágio – *Res extra commercium*”, in **Atualidades jurídicas** (Coord. Maria Helena Diniz) – 2. Editora Saraiva, São Paulo, 2000, p. 21-32. Anteriormente, o mesmo texto havia sido publicado in **Verba Iuris**. PUCPR, Curitiba-PR, Ano I, Número 1, Agosto de 1998, p. 23-35, como também em diversas revistas e sites da internet.

salvação deste planeta, não tem dúvida em considerar importante fazer restrições à privatização:

Y digo que es importante porque a menudo se confunden los conceptos de *privatización* (que es la venta de una empresa de propiedad pública a inversores privados) y de *liberalización* (que es la introducción de un marco de competencia entre las distintas empresas del setor). Un monopolio privado que abusa de los clientes es tan malo como un monopolio público... y viceversa. Y es importante recordar este hecho porque, algunos gobiernos que se autoproclaman liberales han sido muy rápidos a la hora de *privatizar* – sobre todo cuando venden la empresa pública a un amigo de la infancia del presidente del gobierno a un precio reducido –, pero menos rápidos a la hora de liberalizar y de asegurar el régimen de cocompetencia que impone la beneficiosa disciplina del mercado: al no estar sujeta a esa disciplina, la situación de los consumidores no mejora por el simple hecho de que el monopolio sea de propiedad privada, puesto que éstos siguen sin poder elegir una alternativa cuando no se les ofrecen servicios de calidad a precios competitivos.⁴⁹

As leis brasileiras das concessões, nestes casos, são flagrantemente contrárias ao direito, portanto, absolutamente inconstitucionais, pelo simples fato de que ninguém pode conceder o que não tem: *Nemo dat quod non habet*.⁵⁰

Ora, nem a União Federal nem os Estados membros nem os Municípios, têm a propriedade das rodovias; elas pertencem exclusivamente ao povo.

Daí a absoluta inconsistência, sob qualquer título, das privatizações neste setor.

Aliás, até mesmo no Código de Justiniano encontramos um sábio preceito sobre a livre utilização das vias públicas:

49 MARTÍN, X. S. I. **Economia liberal para no economistas y no liberales**. Barcelona, 2005, p. 50.

50 Encontramos também este aforismo, dito com outras palavras, nas Regras de Ulpiano (D. 50, 17, 54): *Nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet* (Ninguém pode transferir a outro mais direito do que ele mesmo tiver).

Uti via publica nemo recte prohibetur (A ninguém se proíbe corretamente que utilize a via pública).⁵¹

O caso das privatizações brasileiras já apresenta falhas clamorosas na própria base, ou seja, na tentativa de justificá-las.

De fato, conforme vimos anteriormente, a Medida Provisória número 155, que se transformou na Lei número 8.031, em 12 de abril de 1990, promulgada sob pretexto de que o Estado deveria concentrar sua atuação em atividades tipicamente públicas, como a educação e a saúde, entre outras, contém grave contradição em si mesma, pois precisamente estas atividades estão sendo objeto do processo de privatização.

Realmente, nos municípios brasileiros, a começar pelo gigantesco Município de São Paulo, a “volta da privatária”, conforme expressão da imprensa mais crítica,⁵² manifesta-se na terceirização de serviços essenciais e das contas da prefeitura, assim como na propaganda em uniformes escolares, em que a privatização entra na ordem do dia.

Entrevistada a psicanalista Maria Rita Khel, foi clara:

É coerente com o modo como os liberais concebem as responsabilidades do Estado, reduzidas ao mínimo indispensável, deixando a maior parte a cargo da iniciativa privada. A propaganda nos uniformes diz exatamente isso: não é responsabilidade da prefeitura uniformizar as crianças. Se quiserem uniformes, que aceitem “trabalhar” para pagar os custos, fazendo papel de garotos-propaganda das empresas que custeiam esses gastos. Essas crianças-propaganda, à medida que se acostumam a achar normal usar uniformes exibindo marcas publicitárias, estão sendo educadas desde cedo para se submeter à lógica do mercado. Trata-se de apropriação do espaço público, dos direitos públicos, por interesses privados, em nome da racionalização dos gastos públicos. (...) É uma rendição do Estado ao capital. O Estado deixa de pagar (com nossos impostos) pelo cumprimento de alguns deveres junto aos cidadãos, e “vende” o direito de “explorar este serviço” à iniciativa privada.⁵³

51 C. 3, 34, 11.

52 Cf. **Fórum - Outro mundo em debate**. São Paulo, Ano 4, Número 31, outubro de 2005, p. 26.

53 *Idem*, p. 28.

Essas ações da prefeitura paulistana, infelizmente, não representam apenas fatos isolados.

Quando já concluíamos a elaboração deste trabalho, fomos colhidos de surpresa por uma reportagem publicado na Internet pela jornalista DANIELA TÓFOLI, cujo primeiro parágrafo, reproduzido aqui na forma como recebemos, já fala por si, confirmando plenamente o que afirmamos:

<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3001200601.htm>

30/01/2006

“KIT DE ENSINO”

Em São Paulo, 129 municípios já usam recursos federais para pagar convênios com sistemas particulares

Prefeituras de SP terceirizam a educação

DANIELA TÓFOLI
DA REPORTAGEM LOCAL

Depois dos serviços de coleta de lixo, de varrição pública e de recapeamento asfáltico, os municípios estão terceirizando até mesmo a educação. Prefeitos de 145 cidades brasileiras, sendo 129 no Estado de São Paulo (um quinto das 645), passaram a usar os recursos federais destinados ao setor para pagar convênios com sistemas particulares de ensino” (...).

Isso nada mais é do que um demonstrativo claro da profunda crise do mundo contemporâneo, na cega submissão ao mercado, envolvendo até mesmo a educação de primeiro grau em face do poder público municipal, cujo papel se torna também cada vez mais opaco com relação às suas responsabilidades.

De tudo que expusemos, poderíamos desenvolver longamente, à luz do direito romano, muitas outras situações que ainda se enquadram no conceito das “*res extra commercium*”, mas que este espaço não permite, tais como os rios, a distribuição da água, o ar que respiramos, etc.

Sem falarmos dos riscos que a evolução tecnológica pode acarretar muitas vezes à integridade física do ser humano e que se acobertam sob os altos interesses econômicos.

Basta dizer que ainda nem sequer se iniciou propriamente um debate sobre as conseqüências nocivas do uso exacerbado do telefone celular.

Isso pertence ao futuro.

Afinal, quem viver, dirá.