

AS RELAÇÕES COMERCIAIS:
A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À
GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA
VOL. II

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Moraes da Rosa
Ana Alice De Carli
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi

Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha

Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreyra Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 –
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA
CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO
FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA

AS RELAÇÕES COMERCIAIS:
A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À
GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA
VOL. II

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2016

Copyright © 2016 by André Augusto Malcher Meira
Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho
Frederico Antônio Lima de Oliveira

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

“Todos nós devíamos nos preparar para o futuro aprendendo coisas que ainda não sabemos, desaprendendo coisas que sabemos, mas não deveríamos mais saber, e reaprendendo coisas que já soubemos e que voltaram a ser úteis.”

(Silvio Meira)



Sumário

Lista de abreviaturas	IX
Revistas.....	XI
Prefácio	XIII
Apresentação.....	1
<i>André Augusto Malcher Meira</i>	
Positivismo jurídico e teoria dos sistemas: por um estudo dirigido sobre o acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico	5
<i>Frederico Antonio Lima de Oliveira</i>	
“Legislación antimonopólica y mercado en el Derecho Romano en el período tardoantiguo”	29
<i>Jorge Horacio Bruzzone</i>	
La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del <i>trust</i> anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación Argentina	41
<i>Monica Villagra</i>	
“As repercussões da globalização no direito do trabalho”	67
<i>Maria Alice Gurgel do Amaral</i>	
“La interpretación de las cláusulas en los negocios comerciales en Roma y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”	85
<i>Por la Profesora Mirta Beatriz Alvarez</i>	
Mujeres víctimas de trata desde la perspectiva de los derechos humanos. Caso España.....	109
<i>Raul Arturo Hirakawa Andia</i>	
O Papel da Organização Mundial do Comércio no Sistema Jurídico Internacional	127
<i>Marina Pantoja Bernardes</i>	
Desvios jurídico-políticos do sentido romano de <i>commercium</i>	139
<i>Aloísio Surgik</i>	

El mutuo desde Roma hasta nuestros días	159
<i>Graciela Liliana Fernandez</i>	
El Nauticum Foenus, dentro del derecho romano como contrato de mutuo ...	175
<i>José Ángel Bernardo Pastrana Bautista</i>	
A Fiducia romana – influxos no direito brasileiro.....	185
<i>Raimundo Chaves Neto</i>	
El Ius Gentium; Su Incidencia en Materia de Derecho Mercantil Internacional.....	201
<i>Daniel G. Bonjour e Lorena A. Galleni</i>	
“Las relaciones comerciales durante la época imperial romana:¿U na forma de globalización?”	207
<i>Ab. Marisa T. Domínguez</i>	
Conceitos jurídicos do direito romano: uma abordagem conectiva para o direito contratual Legal concepts the roman law: an conect approach to the contractual right	219
<i>Juliana Barbosa de Sá</i>	
<i>Kleberson Alves da Silva</i>	
A origem romana do direito recuperacional: o concurso de credores no direito romano e no direito brasileiro	231
<i>Maria Vital da Rocha</i>	
<i>Eliza Cristina Gonçalves Dias</i>	
Reflexões sobre direitos humanos.....	245
<i>Ernane Malato</i>	
Os parâmetros da OIT frente a erradicação do trabalho forçado. Discurso dos direitos humanos.....	261
<i>Elder Lisboa Ferreira da Costa</i>	
A exigência do depósito recursal na justiça do trabalho como ofensa direta aos princípios constitucionais processuais e à função social e preservação da empresa.....	285
<i>Priscilla Lopes Cabral</i>	
La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione	309
<i>Antonio Palma</i>	

Lista de abreviaturas

BFDC	Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
CCB	Código Civil Brasileiro
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil 1988
ED	Enciclopedia del Diritto
IURA IURA.	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
NNDI	Novissimo Digesto Italiano
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridica
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Revistas

AG	Archivio Giuridico Philipppo Serafini (Roma)
ED	Enciclopedia del Diritto (Milão)
IURA	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nápoles)
NNDI	Novíssimo Digesto Italiano (Turim)
LABEO	Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Nápoles)
RISG	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Milão)

Prefácio

Foi com emoção e muita honra que recebi o convite do professor mestre ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA, Presidente do Instituto Silvio Meira, para organizar junto com ele e o eminente professor doutor FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA, este livro em homenagem ao Centenário do meu falecido pai, professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER. Aceitei de pronto em razão da qualidade dos colaboradores que são JURISTAS que são reconhecidos no Brasil e em diversos países das Américas e da Europa, trazendo para a obra caráter INTERNACIONAL.

Ressalto, antes de tudo, a qualidade dos organizadores deste livro. O professor ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA é mestre e doutorando em ciências jurídico-empresariais pela Universidade de Lisboa, advogado, membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, Professor Adjunto da Unama e Presidente do Instituto Silvio Meira. Já o professor doutor FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA é Mestre em Direito pela UFPA e Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa e Douto Promotor do Ministério Público do Estado do Pará, além de Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Estou, portanto, muito bem acompanhado nesta tarefa.

Aqui estão reunidas as conferências proferidas pelos colaboradores no “XVIII CONGRESSO INTERNACIONAL e XXI CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITO ROMANO” (que é organizado a cada dois anos pela AIDROM - Asociación Iberoamericana de Derecho Romano), que desta vez se realizou em Belém do Pará sob a organização do INSTITUTO SILVIO MEIRA nos dias 29 a 31 de agosto de 2016, sob o tema “As Relações Comerciais: A Contribuição de Roma à Globalização Contemporânea”, também em homenagem ao Centenário do meu falecido pai, professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER.

A escolha do tema tem relação direta com o homenageado no referido Congresso e nesta obra, pois o professor doutor CLOVIS lecionou para muitas gerações a cadeira de DIREITO COMERCIAL na Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, na qual se aposentou como Titular.

Ademais, a queda do Muro de Berlim no final do Século XX e a globalização da economia neste início de Século XXI tão conturbado pela recente crise econômica mundial, transformam esta obra em importante fonte das modificações que ocorreram de Roma aos dias atuais.

Além de professor, o homenageado foi durante anos um destacado advogado do Banco do Brasil e no comando do seu escritório de advocacia, tendo também exercido diversos cargos públicos, dentre os quais: na academia foi Diretor da Faculdade de Direito, Diretor do Centro Sócio Econômico e Magnífico Reitor da Universidade Federal do Pará; na vida pública foi Consultor Geral da Prefeitura Municipal de Belém e Secretário de Interior e Justiça do Estado do Pará. Nas letras jurídicas publicou centenas de artigos em obras especializadas e deixou o livro “Noções de Direito Comercial” que hoje é adotado em diversas faculdades de direito do Brasil e no mundo afora.

Pelo conjunto de sua obra o professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER recebeu centenas de medalhas e as mais altas condecorações do Estado do Pará e do Brasil e foi MEMBRO FUNDADOR da ACADEMIA PARAENSE DE LETRAS JURÍDICAS.

Entretanto, mesmo como homem de reconhecida educação e cultura e diante das funções públicas que exerceu e os galardões que recebeu em vida, são a dedicação à família, a simplicidade e a honestidade os traços da personalidade do homenageado até hoje mais realçados pelas pessoas que com ele conviveram.

O nível dos colaboradores transformam esta obra em referência sobre o tema que é muito bem abordado pelos(as) eminentes professores(as) ALFONSO MURILLO VILLAR (Catedrático da Universidade de Burgos/Espanha. Presidente da AIDROM), FÁBIO ULHÔA COELHO (Doutor pela PUC/SP), ADHERBAL MEIRA MATTOS (Professor Titular da UFPA. Doutor em Direito), JUSTO GARCIA SÁNCHEZ (Catedrático da Universidade de Oviedo/Espanha), MARIA VITAL DA ROCHA (Doutora pela USP) e ELIZA DIAS (Mestre pela UFC). Professoras da FA7 e Universidade Federal do Ceará, RODRIGO LIMA VAZ SAMPAIO (Pós-Doutor pelo Instituto Max Planck/Alemanha), RAIMUNDO CHAVES NETO (Mestre pela Universidade de Coimbra. Doutorando pela Universidade de Lisboa), NEWTON DE LUCCA (Doutor pela USP – Universidade de São Paulo), LUIS MARIANO ROBLES VELASCO (Universidade de Granada/Espanha), CARMEN MEZA INGAR (Universidade San Marco – Lima/Peru), JOÃO LUIS NOGUEIRA MATHIAS (Doutor pela Universidade de Lisboa. Professo da FA7 e Univer-

sidade Federal do Ceará), MÓNICA VILLAGRA (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RACHEL MACHADO (Doutores em Direito. Universidade Federal do Ceará), CAMEN LOPEZ RODRIGUEZ e MARIA JOSÉ FERNÁNDEZ (Universidade de Oviedo/Espanha), NEY STANY MARANHÃO (Doutor em Direito pela USP/UFPa), LAURA MICIELI (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), VIRGINIA ABELANDA (Universitàdegli Studi di Roma II), LUIS ENRIQUE ANTÚNEZ Y VILLEGAS (Universidade San Marco/Peru), FREDERICO OLIVEIRA (Doutor em Direito pela PUC/SP), MARIA ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO (Titular da Universidade de Salamanca), MARINA PANTOJA BERNARDES (Doutoranda pela Universidade de Sorbonne/Paris), RÁUL ARTURO HIRAKAWA ANDIA (Doutor pela Universidade de Salamanca), LUIS ENRIQUE GÓMEZ-OJERO Y MARTINEZ (PhD pela Universidade de Salamanca), MYRIAM BENARROS (FAMETRO – Faculdade Metropolitana de Manaus) e BEATRIZ GARCIA (USP – Universidade de São Paulo), GUILHERMO ALONSO (Universidade Nacional de La Plata/Argentina), MARIA ALICE AMARAL (Pós-Doutoranda pela Universidade de Sorbonne/Paris), ANTONIO PALMA (Doutor pela Università Federico II di Napoli/Italia), ALOISIO SURGIK (Catedrático de Direito Romano da Universidade Federal do Paraná), FABIANA MATTIOLI (Doutora pela Universidade de Bolonha/Itália), GRACIELA LILIANA FERNANDEZ (Universidade Nacional de Córdoba), ROSANA GALLO (UBA – Universidade de Buenos Aires), AUSTRÉIA MAGALHÃES CÂNDIDO (Doutoranda pela USP), NATYIRA MATIAS CHEVALIER (Pontifícia Universidade Católica Madre y Maestra/República Dominicana), MIRTA BEATRIZ ALVAREZ (UBA – Universidade de Buenos Aires), MARIA OLGA GIL GARCIA (Universidade de Burgos/Espanha), KELLY CRISTINA CANELA (Doutora pela USP), GRACIELA LILIANA FERNANDEZ (Universidade Nacional de Córdoba), CRISTINA ALVES LOURENÇO (Doutora pela Universidade de Sevilla), ELDER LISBOA (DoctorEuropeo pela Universidade de Salamanca), ERNANE MALATO (Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutorando pela Universidade de Lisboa), JOSÉ ÁNGEL BERNARDO PASTRANA BAUTISTA (Universidade Nacional Autónoma de México), EDSON NACATA JUNIOR (Doutor pela USP. Professor da UFMG), SUSANA VOLODSKY ITURBURU e ANABELLA FACCIUTO KAED (Advogadas em Buenos Aires), MARIA ELENA BAZÀN, BIBIANA LLARYORA e

NORMA ALICIA JUÀREZ (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), LAURA MICIELI (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), MARIA TERESA GARCIA LUDENÑA (Notaria de Registros na Espanha), JOSÉ HORACIO BRUZZONE (Universidade Nacional de Rio Cuarto – Argentina), DANIEL BONJOUR e LORENA GALLENÍ (Universidade Nacional e Universidade Católica de La Plata/Argentina), MARIANA SCONDA (UBA – Universidade de Buenos Aires), MÓNICA CÁCERES (Universidade Católica de Asunción/Paraguay) e MARIA TERESA DOMINGUEZ (Universidade Nacional de Córdoba/Argentina), dentre outros.

Em nome da família do professor doutor CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER agradeço os demais organizadores, aos colaboradores, a AIDROM - Asociación Iberoamericana de Derecho Romano e ao INSTITUTO SILVIO MEIRA esta homenagem que fazem ao seu Centenário que ocorrerá no dia 7 de outubro de 2016.

Clovis Cunha da Gama Malcher Filho

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, Membro da Academia Paraense de Letras e membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas.

Apresentação

A Diretoria da AIDROM - *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano*, após proposta apresentada em reunião ordinária em março de 2015 na cidade de Bolonha/Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, decidiu aprovar, por unanimidade, que o XVIII Congresso Internacional e XXI Congresso Iberoamericano de Direito Romano da instituição fosse realizado novamente em Belém do Pará.

Desde o ano passado estamos trabalhando em prol deste importante evento para que a nossa capital receba mais de cinquenta renomados juristas da Europa e da América Latina (Portugal, Espanha, Brasil, Argentina, Paraguai, República Dominicana, México, Peru, Itália e França), trabalhando temas de direito comercial na base romanista. Belém, na verdade, foi a representante do Brasil e da Amazônia como sede de tão respeitável evento, que envolveu as principais autoridades do direito europeu e latino americano na atualidade.

Em todos os congressos anuais promovidos pela *Asociación Iberoamericana de Derecho Romano* é homenageado um jurista do país sede. No Congresso em Belém a homenagem se dá pelo transcurso do centenário de nascimento do saudoso jurista CLÓVIS CUNHA DA GAMA MALCHER, que foi advogado militante, Professor Titular de Direito Comercial e Ex-Reitor da UFPA – Universidade Federal do Pará, membro fundador da APLJ – Academia Paraense de Letras Jurídicas e Ex-Secretário de Justiça do Estado do Pará, homem de todas as letras. Uma homenagem justa a um grande paraense que se projetou em diversas áreas do conhecimento, entre elas o Direito Comercial, sua grande paixão.

A presidência do evento ficou a nosso cargo, bem como a realização do conclave pelo Instituto Silvio Meira que, com muita honra, sou também presidente fundador. A conferência inaugural foi proferida pelo renomado jurista português professor doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto, Catedrático da Universidade de Lisboa, e a conferência de encerramento foi proferida pelo eminente jurista paraense Zeno Augusto Bastos Veloso, membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

O evento teve como tema “AS RELAÇÕES COMERCIAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE ROMA À GLOBALIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA” e ocor-

reu nos dias 29, 30 e 31 de agosto de 2016, no Teatro Maria Sylvia Nunes, em Belém. O evento trouxe de volta ao Pará, depois de muitos anos, um tema em Direito Romano (espinha dorsal de qualquer curso jurídico), cadeira esta que infelizmente ficou de fora dos currículos universitários em muitas instituições de ensino do país há décadas. Os estudantes e operadores do direito puderam aproveitar a excepcionalidade do tema e curtir a beleza romanista.

Nesta obra, volume 2, estão organizados os trabalhos científicos apresentados durante o congresso, reunindo, assim, em Direito Comercial, uma magnífica coletânea de estudo da disciplina, tomando por base a análise romanista. Esperamos que o leitor se delicie com as temáticas e faça bom proveito do conhecimento histórico aplicado aos dias atuais, numa verdadeira introspecção científica comercialista.

Como escreveu o próprio professor Silvio Meira no prefácio à memorável obra *Instituições de Direito Romano*, escrito em 14 de maio de 1968, dia em que completou 49 anos: *Move-nos o desejo de difundir os ensinamentos do Direito Romano, combatido, tão somente, neste País, pelos que o desconhecem. Faz-se necessário despertar, nos estudantes, o interesse por esse inextinguível manancial, utilíssimo à formação de verdadeiros juristas; e a atenção dos responsáveis pelos destinos do ensino, para a alta significação dessa disciplina, que constitui um dos aspectos fundamentais de nossa formação. Não podemos desvincular o presente do passado, sob pena de comprometermos o futuro.* (MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1968, pg 8).

Em um discurso em uma de muitas turmas em que foi paraninfo na Universidade Federal do Pará, em toda a sua vida acadêmica, o nosso grande homenageado Clóvis Cunha da Gama Malcher disse, no alto dos anos de chumbo no Brasil, com muita coragem: *Sabe-se que a principal tarefa dos juristas dos nossos tempos é, sem dúvida, a de adaptar a ordem jurídica às novas condições sociais, imprimindo anseios de progresso sem que se desmereçam as conquistas consolidadas na herança do passado. O direito, como relação social, considera o homem em correspondência ao meio em que se integra. A ciência jurídica é um insondável mundo que quanto mais o estudamos, nos convencemos de que temos ainda muito para aprendê-lo, e se chegássemos a conhecê-lo pelo menos em grande parte da sua amplitude e seguíssemos fielmente alguns dos seus princípios, teríamos solucionado a maioria dos problemas da humanidade.*

Creio que, com essas palavras de Silvio Meira e Clóvis Malcher, que foram dois grandes amigos e baluartes do direito paraense, e com muita honra meus

avós paterno e materno, respectivamente, justifica-se todo o esforço para a realização deste memorável Congresso Internacional e Iberoamericano de Direito Romano em Belém, bem como a confecção desta obra.

Só nos resta agradecer à diretoria da AIDROM pela confiança em nos conceder a presidência do congresso e a todas as pessoas, amigos, instituições e empresas que deram o apoio incondicional para o sucesso do evento, em especial aos professores Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho e Frederico Antônio Lima de Oliveira, por aceitarem o desafio de coordenar esta obra junto comigo, à UFPA – Universidade Federal do Pará, que correalizou o conclave em conjunto com o Instituto Silvio Meira, fazendo, assim, uma bela homenagem a um Ex-Reitor, valorando sua história acadêmica; ao SEBRAE PARÁ, pelo patrocínio exclusivo desta obra e à Editora *Lumen Juris*, pelo aceite do desafio.

Belém do Pará, 29 de agosto de 2016

André Augusto Malcher Meira

Presidente do Instituto Silvio Meira

Mestre e Doutorando em Direito pela

Universidade de Lisboa

Titular da Cadeira nº 27 da Academia

Paraense de Letras Jurídicas

Membro do Instituto de Direito Comparado

Luso-Brasileiro/RJ

Membro da AIDROM – Asociación

Iberoamericana de Derecho Romano

Advogado em Belém e em Lisboa.

Professor Adjunto da UNAMA



Positivismo jurídico e teoria dos sistemas: por um estudo dirigido sobre o acoplamento estrutural dos sistemas político e jurídico¹

Frederico Antonio Lima de Oliveira²

1. Direito natural e direito positivo: *pressupostos*

No final do século XVIII se definem dois planos do direito, de forma diversa ao que ocorreu na antiguidade, onde o direito natural, posto pelos Deuses, prescindia ao direito positivo, particular e individual.

Dessa forma, podemos asseverar que o positivismo jurídico tem suas raízes no exato dissenso entre o direito positivo e o direito natural. Melhor colocando, diríamos que o processo de *contingência* operado pelo direito positivo, reduzindo todo o direito àquilo que se apresenta positivado, excluindo-se, então, a categoria do direito natural como aquilo que não é direito. Esse raciocínio possui em sua essência uma estreita ligação com os aspectos conceituais a serem desenvolvidos mais a frente pela teoria dos sistemas, cujos mecanismos de interação entre os sistemas sociais, em especial, os sistemas político, jurídico e econômico,

1 Este texto foi originalmente produzido para disciplina de Teoria Geral do Direito, cursada junto a PUC/SP.

2 Professor da Universidade da Amazônia – UNAMA/Grupo Ser, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Promotor de Justiça de 3ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará. Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa (Portugal). Doutor em Direito de Estado (sub-área - Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Público (sub-área - Direito Administrativo) pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília (UNB), em Direito Ambiental e Políticas Públicas pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA-UFPA) e em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC). Membro da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), e do Instituto Pimenta Bueno (USP). Membro do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris e revisor da Revista Jurídica Quaestio Juris da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ).

como referências, se dá pela implementação de *programas* específicos e executáveis através de *códigos* próprios.

O hermetismo aparentado pelo direito positivo, em verdade, não se consagra com o rigor que a expressão poder ser literalmente aferida. A intenção positivista, no que observamos, não pretendeu em suas diversas correntes, e, em particular, no olhar de Kelsen, retirar o direito normativo da sociedade e de suas influências. A grande preocupação, como entendemos ter sido, a de afastar a irracionalidade metafísica muito presente até então, formulando um conceito lógico e racional para o conteúdo do direito. É com esse mister que o direito positivo foi sentenciado como sendo o único direito para o positivismo jurídico.

O papel do Estado-juiz no positivismo é de extrema relevância, pois, o Estado racional e organizado, que representou a transição do jusnaturalismo para o positivismo jurídico, trouxe uma estrutura de monopólio do exercício da Jurisdição. É o Estado moderno, estratificado econômica e socialmente. O dualismo e o monismo perdem o foco do debate, passando a se considerar o monismo na produção do direito com o direito posto, positivado, e que, ao seu turno, será doravante aplicado pelos Tribunais. Essa nova função dos Tribunais é bem debatida no positivismo jurídico do Estado moderno e a será, mais uma vez, na teoria dos sistemas então em meio a um Estado-social e de estrutura globalizada.

2. As origens do positivismo jurídico: *os exemplos alemão, francês e inglês*

O racionalismo do séc. XVIII reclamou muito da suposta onipotência dos legisladores de então, disseminando a idéia de que as lacunas da legislação efetivamente ainda davam um grande espaço para a interpretação dos juizes. É obvio que esse debate, em meio aos pensamentos contratualistas, também aparentes no séc. XVIII, é que reforçavam a idéia de que os homens ainda conservavam certos direitos naturais fundamentias oponíveis a legislação posta em suas lacunas. Portanto, a assertiva de que o direito natural seria aplicável de forma subsidiária nas lacunas do direito positivo, colmatando tais lacunas. O período codicista, já no séc. XIX, veio aclarar o entendimento presente até então, apontando a solução das lacunas do direito positivo com a utilização de *princípios do direito natural*.

Em síntese, podemos verificar nas observações feitas por Norberto Bobbio que, na Alemanha, aponta a obra de Gustavo Hugo, assemelhando-a a de Sa-

vigny enquanto historicista, na crença de que a força das tradições e suas características que fazem de cada povo um indivíduo. Bobbio aponta o direito natural como sendo a *filosofia do direito positivo*. Ainda em Bobbio, as indagações de Gustavo Hugo levam a concepção de que o direito positivo não é necessariamente o direito posto pelo legislador, indagando acerca de existência de outras fontes para o direito lastreadas nos costumes na doutrina e na jurisprudência³.

O codicismo no debate dos históricos, em particular, no confronto aparente entre as idéias de Savigny e Thibaut, assinala que a universalidade dos dogmas, apesar das divergências daquele momento entre seus cultores, era uma necessidade que afastaria o arbítrio dos monarcas. Essa nova concepção nos remete às origens do positivismo na França e seu Código Civil de inspiração iluminista, que, mais uma vez, retomou, ao seu modo, o debate sobre a influência do direito natural, estabelecendo o retorno, nas lacunas da lei, aos já referidos *princípios do direito natural*. A integração da lei não poderia então estar contida numa perspectiva reducionista, visto que tais reduções em regra levariam a Estados despóticos. Os juizes deveriam assim, interpretar o espírito das leis naquilo que se apresentasse como obscuro ou omissos.

Ora, vimos mais uma vez a periodicidade do debate do uso da *metafísica* no pensamento positivista, tema que se transformou numa das grandes discussões dessa corrente doutrinária.

A doutrina francesa trouxe à baila um elemento fundamental no debate positivista, que traçaria, sem sombra de dúvida, o esteio mais importante para o primeiro e decisivo embate da doutrina positivista, qual seja, a nosso ver, o enfrentamento das idéias de John Austin, e mais tarde, de Hans Kelsen, este último, peça chave deste estudo. As concepções iluministas e revolucionárias deram o conteúdo político para a sociedade francesa, e a busca pela aplicação de um direito racional e equânime entre os cidadãos passou a ser uma vertente importante. Esse novo parâmetro trouxe ínsita a necessidade de ser desenvolvida uma prática de interpretação pelos juizes, que, a sua sorte, iriam buscar a igualdade na distribuição da justiça (o direito-justo).

A "válvula" que liberaria a pressão por liberdade e igualdade se materializaria na pessoa do Magistrado, que, refrearia os impulsos arbitrários do Legislativo. As escolas da exegese, e posteriormente, a escola científica marcaram bem

3 - BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

esse período histórico positivista. A separação dos poderes foi característica de relevo que, ao seu turno, aliada a certeza do direito e a busca pela vontade do legislador e/ou vontade da lei traçaram uma vertente mestra da escola exegética.

A escola exegética trouxe, no entanto, um elemento, a nosso ver, importantíssimo que, mais à frente, deu o lastro necessário, e, em nossa ótica, o meio de comunicação entre a *teoria da coação* utilizada por Hans Kelsen e Alf Ross e a explicação conceitual dos códigos lícito/ilícito e/ou direito/não direito atribuídos ao sistema jurídico na *teoria dos sistemas*. Trata-se do respeito ao *princípio da autoridade*, onde a obediência deve ser obrigatória e indistinta aos códigos lícito e ilícito (direito posto).

O direito inglês se fez representar de forma pujante por Jeremy Bentham, que, mesmo sendo partidário do codicismo e seu caráter unitário e universal, já propunha algumas preocupações com a possibilidade de uso político da legislação por parte dos juizes, o que nos remete, a princípio, a concepção sistêmica de *corrupção de códigos* conforme preconizada por Luhmann, que se referiu ao prejuízo da utilização pelo sistema jurídico de códigos diversos ao seu para implementação de seus programas. Para Luhmann, tal uso redundaria em um verdadeiro bloqueio do sistema jurídico e um possível caos da sociedade organizada.

A escola inglesa trouxe aquele que, em nossa ótica, foi o interlocutor mais ativo de Hans Kelsen. Trata-se de John Austin (1790-1859), muito apegado a escola histórica do direito, edificou uma visão utilitarista própria, onde o direito positivo seria definido pela lei como um comando geral e abstrato, exprimindo um desejo passível de um mal por ato daquele que exprimisse tal desejo, se esse não fosse realizado. O mal estava representado, na visão de Austin, pela sanção e o comando implicaria no conceito de sanção e de dever ser, muito próximo a concepção kelseniana, entretanto, dela divergindo, em particular, por ainda creditar aos valores (bem/mal), o conteúdo coercitivo do direito.

O direito científico, dotado de método próprio, foi disposto, principalmente, por Rudolf Von Jhering, trazendo a visão racionalista do direito e pretendendo, entre outros objetivos, conceber um *ordenamento sistêmico*. Esse foi o embrião para se conceber tanto o escalonamento normativo kelseniano, como o *isolamento operativo dos sistemas* enunciado, posteriormente, por Niklas Luhmann.

As premissas até aqui alinhadas pretendem apresentar um arcabouço para as concepções de Kelsen e Luhmann. Alguns aspectos podem ser bem alinhados para se estabelecer um caminho para entendermos, sinteticamente, algu-

mas das importantes premissas do pensamento positivista, e acatadas pela *teoria pura do direito*. São elas, em destaque:

- a) a pretensão de formular um direito puro, afastado de concepções morais e valorativas;
- b) a justificativa da validade do direito como principal preocupação numa ordem sistêmica, considerando-se a norma válida, desde logo como eficaz;
- c) a concepção do direito como uma técnica social, destinado a uniformizar a coação para a consecução dos objetivos da norma. Por esse prisma, as normas jurídicas destinariam-se aos juizes;
- d) a adoção do caráter imperativo do direito, donde a autoridade do Estado se encontra consagrada e prevista na norma jurídica. A lei passa a ser a única fonte real do direito;
- e) o ordenamento jurídico é sistêmico, escalonado e válido, justificando sua validade, autoridade e obediência em uma norma sempre superior (*lex fundamentalis*). As normas jurídicas deverão ser coerentes no sistema e complementares entre si, e ainda;
- f) as interpretações da lei deverão estar contidas na própria norma jurídica.

Esse sintético rol de características pretendeu, bem claramente, afastar o caráter metafísico que precedeu a escola positivista. O conteúdo de justiça já estaria, numa visão positivista, contido na própria norma jurídica, caso a mesma se apresentasse perfeita e válida. Esse é o aspecto prescritivo e não prospectivo do direito. O positivismo concebeu a norma jurídica como uma construção factual, articulada de forma imperativa e hipotética, diversa, entretanto, do imperativo categórico kantiano em sua metafísica dos costumes, pois, a razão da norma é prescrever um comportamento esperado do agente e a justa sanção pelo descumprimento do preceito. O direito então não seria entendido para o positivismo como uma faculdade de obrigar, e sim como uma técnica imperativa e obrigatória a todos, não existindo direito sem sanção correspondente. São os fundamentos do *dever ser jurídico*.

O mundo do *dever ser* nos aponta ainda, num momento pré-kelseniano, um paralelo aproximado do positivismo jurídico, desenvolvido nos países anglo-saxões como *realismo jurídico*. A escola realista ou da jurisprudência apesar de prescritiva, diferiu-se no tempo, em relação ao positivismo jurídico, e se entenda, a concepção kelseniana, na medida em que consagrou a eficácia da norma no fato de ser efetivamente seguida, e não por ser considerada como parte integrante da validade da norma.

As modernas teorias de Hans Kelsen e Alf Ross ultrapassam as primeiras concepções coercitivas, entendendo o elemento coativo como objeto da norma jurídica. Em que pese já tratarem as primeiras concepções de Jhering sobre o poder coercitivo da norma, quanto as normas primárias (destinadas aos juizes) e secundárias (destinadas aos cidadãos), em Kelsen, a coação deixa de ser um meio de garantir a aplicação das normas que chamou de principais e não primárias, para se tornar um elemento estrutural das mesmas. Ou seja, em Kelsen, a validade (eficácia) de uma regra jurídica não está assegurada por uma outra regra que dispõe uma sanção, mas sim, porque possui sua própria sanção. A concepção Kelseniana sobre a validade sistêmica das normas jurídicas, fundada em outras normas é em parte resolvida por Kelsen, afastando o progresso sem fim da justificativa de validade da coação de uma norma em outra norma, porém, mesmo assim, encontrou severas críticas quanto a norma fundamental que apoia, a seu ver, a validade de todo o ordenamento jurídico, surgindo, originalmente, de uma vontade racional e política, e assim, dando azo para uma crítica a pureza de sua teoria, dado a possível contaminação com uma certa dose ideológica e valorativa disseminada no ordenamento como um todo.

Ross seguiu os moldes teóricos de Kelsen, no entanto, aduziu à teoria coercitiva a idéia de que a sanção seria em verdade um meio de regular o exercício da força do Estado. É o conceito de *autoridade nacional* na consecução da efetividade do ordenamento jurídico-estatal.

Ora vejamos, os críticos de Kelsen e também de Ross, transparecem a repercussão de suas idéias como prodígios ou artefatos das ideologias dominantes e autoritárias do momento histórico em que foram concebidas, em particular, o malsinado domínio alemão formado com o império nazista e seus assemelhados. Essa assertiva sabemos, entretanto, não ser verdadeira, na medida em que o próprio Kelsen foi severamente perseguido na Alemanha por seu judeu, e mais, que os propósitos kelsenianos são técnicos e avalorativos. A nosso ver, as dificuldades de Kelsen disseram mais respeito, quanto a norma fundamental, ao

fato de que o ordenamento jurídico puro por ele articulado não se apresentou interrelacionado num contexto social com vários interesses que motivaram e provocam a criação e função da norma jurídica. É o exato ponto de contato numa evolução da *teoria do ordenamento* para a *teoria sistêmica*. A visão sistêmica irá nos ensinar, através de Luhmann, que o sistema jurídico se relaciona internamente com suas estruturas e externamente com outros sistemas (político, econômico, etc...), sofrendo irritações através de mecanismos de acoplamento das respectivas estruturas, o que trataremos mais à frente no estudo das idéias de Luhmann e o acoplamento das estruturas sistêmicas.

A dinâmica dada por Kelsen à norma jurídica, apesar de não colidir frontalmente com a teoria imperativista clássica, afasta-se da mesma, na medida em que não se dispõe a estabelecer proposições meramente descritivas, e sim, prescritivas de forma hipotética, com a possibilidade de descumprimento e de aplicação da sanção correspondente. Segundo Norberto Bobbio, o imperativismo kelseniano não é mais ingênuo, e sim crítico, onde a norma jurídica é um imperativo hipotético destinado aos juizes.

3. O positivismo jurídico em Hans Kelsen.

O positivismo em Hans Kelsen possui grandes ligações com a *teoria do ordenamento jurídico* e com a concepção imperativista, onde, o imperativo hipotético prescritivo é a norma jurídica principal destinada aos juizes.

A *teoria do ordenamento jurídico* viu em Kelsen o meio próprio para singrar pela coerência, pela unidade e pela completude das normas jurídicas, afastando o seu caráter fragmentário bem presente.

Kelsen concebe um ordenamento estático, vinculado ao direito jusnaturalista e um ordenamento dinâmico, concebido em meio a lógica positivista. A unidade do ordenamento jurídico em meio a concepção positivista kelseniana é dinâmica, lastreada na coerência e na completude do ordenamento, onde a unidade é buscada em outra ordem normativa hierarquicamente superior, sendo que a base do ordenamento é fundada numa norma fundamental (Constituição), que assegura a sua unidade.

A teoria pura do direito é cultuada por Kelsen em meio da tradição científica do direito, pretendendo conceber o direito positivo como um direito puro e avalo-rativo. O juízo contido na norma jurídica é para Kelsen um imperativo de cunho hipotético e prescritivo, explicando o mundo a partir das esferas do *ser* e do *dever ser*, e mais, onde a validade da norma requer uma fundamentação no mundo do *dever ser*, justificada através da existência de uma *norma fundamental*, na lógica de

atribuir a validade de uma norma jurídica a outra norma jurídica que fundamenta a sua validade. Essa mesma lógica, como já foi mencionada, provocou críticas a teoria kelseniana, em especial, ante ao fato de que a autorização da *norma fundamental* se encontra baseada em fato(s), dizendo-nos que a interpretação de um sistema válido de normas poderá assim representar também o exercício de uma ideologia dominante à época da produção das normas jurídicas.

Kelsen consturuiu sua teoria, admitindo uma base *crítico-cognoscitiva*, onde se percebe na doutrina da norma fundamental, apesar da estrutura pura da norma, a capacidade de aprendizagem do sistema de regras kelseniano com o meio, ante a construção do *dever ser* por meio de uma lógica de escalonamento de regras cuja a última fundamentação (Constituição) tem base factual. Nesse sentido a teoria kelseniana se aproxima, a nosso ver, da concepção de Luhmann quanto ao processo de aprendizagem do sistema jurídico e suas *expectativas cognoscitivas e normativas*. A possibilidade de aprendizagem do sistema normativo desenvolvido por Kelsen são mais verdadeiras, quando percebemos a proximidade de sua concepção de *norma fundamental* como um *pressuposto lógico-transcendental* assemelhado ao cartesianismo kantiano.

Aliás, o purismo não ideológico da teoria kelseniana indaga o real e o possível, mas não o justo metafísico, procurando entender o direito de uma forma estruturalista, e, com isso, nos parece entrar numa aparente contradição com o cientificismo do direito, na medida em que maior ou menor, tinha sempre um caráter ideológico.

O *dever ser* como idéia transcendental retoma, em Kelsen, a não identidade entre as normas jurídicas e as normas morais, refutando o caráter absoluto da moral, não restando para Kelsen nenhum elemento ideológico determinado. A norma jurídica converte-se numa proposição apresentada na forma clássica da lei. Por esse raciocínio, se estabelecem enunciados onde são dispostas as consequências jurídicas decorrentes da conduta (o conteúdo de antijuridicidade e o conteúdo coercitivo). Nesse aspecto, aproxima-se Kelsen da concepção de Luhmann quanto ao fechamento operativo dos sistemas, a partir de seus códigos próprios, o que, no sistema jurídico, diz respeito ao código (lícito/ilícito e/ou direito/não direito)⁴.

4 - “A teoria pura do direito – como ciência jurídica específica – não dirige o olhar para as normas jurídicas, consideradas como fatos de consciência, nem para a vontade ou para a apresentação das normas jurídicas, como estruturas qualitativas voluntárias ou involuntárias. E só concebe alguns

De outra parte, a obediência ao direito em Kelsen nos parece estabelecer a fusão da conduta humana socialmente nociva (antijuridicidade), a um ato coercitivo (sanção), através de um comando proposto formalmente (lei), com o fito de se perseguir um objetivo social. Por esse prisma, nos parece que a doutrina kelseniana se afastou da proposta luhmaniana, formulando-se com uma expectativa de comportamento disposta a guiá-lo de acordo com objetivos sociais quanto ao que é jurídico e antijurídico, ou seja, o que é socialmente aceito ou não.

4. Contexto histórico de Niklas Luhmann

4.1. Transição. Estado Liberal (séc XIX). Estado Bem-estar social (séc XX) e Estado pós-moderno (visão fragmentária do direito e da sociedade)

Em meados do século XX, passou-se a perguntar a função do Direito, iniciando-se, pois, o uso do direito como instrumento, inexoravelmente atrelado ao conectivo “e”: Direito e Economia, Direito e Sociedade, Direito e Política, etc. Tal ponto de vista passou a questionar, sobretudo diante de nossa “Sociedade Moderna”, de que forma o Direito a influencia. Dentre outros fatores, isto ocorreu porque até o final da II Guerra Mundial a autonomia e impermeabilidade do Direito a idéias alienígenas era sinal característico e evidente em nossa sociedade. Depois, iniciou-se um processo de fragmentação desta autonomia do Direito, explicitando as relações tênues entre o ele e a Política, entre o Direito e a Economia etc. Mostra-se, com tais teorias pré-paradigmáticas, a tendência de evidenciar a fragilidade da despreocupação do Direito com suas repercussões na sociedade. Houve, neste novo contexto de sociedade moderna, e conseqüente-

fatos enquanto contiverem normas jurídicas, isto é, através de determinadas normas jurídicas. Seu problema é o da legalidade específica de uma esfera de significado. (negritos nossos). (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. O conceito de legalidade específica fornece, em nossa ótica, um ponte de visível aproximação entre Kelsen e Luhmann, onde a preocupação do direito/sistema jurídico diz respeito as matérias próprias de seu código (lícito/não lícito ou direito/não direito), conforme a formulação Luhmaniana. Em nossa ótica, o conteúdo de antijuridicidade apontado por Kelsen se aproxima muito do fechamento operativo, por seus códigos, da articulação sistêmica em Luhmann. Essa ótica também nos leva a estabelecer mais um nexo entre as idéias de Luhmann e Kelsen, através da contingência do direito apregoada pelo primeiro.

mente neste contexto de solução dos conflitos atuais, uma redução do Direito à Economia, uma redução do Direito à Sociedade, esquecendo-se o aplicador do Direito, das especificidades do próprio Direito.

A modernidade: diferenciação funcional e meios de comunicação simbolicamente generalizados (dinheiro, poder etc). O início do século XXI, marcado por uma visão substancialista (processo como mero instrumento), trouxe a inclusão de novas demandas, a legitimação do Direito para novos conflitos, a dinâmica e flexibilização dos conceitos, o direito como instrumento para consecução de objetivos, gerando, pois, instabilidade interna e insegurança externa (o Direito passou a ter a função além de satisfação de expectativas normativas). Luhmann para exemplificar este avanço do Direito além de suas fronteiras operativas naturais, apresenta duas formas de interação do Direito com outros sistemas: a) o Direito regulador, que somente utiliza referências do ambiente; b) o Direito que faz às vezes do outro sistema, invadindo seara estranha ao seu mundo operativo. Para a compreensão da Teoria dos Sistemas e, em consequência, dos fins buscados pelo Direito, é fundamental entender que para Luhmann, a fiel delimitação dos sistemas existentes, no caso e em particular o sistema jurídico, de modo a diferenciar os sistemas que se encontram em contato⁵.

Este seja, talvez, o maior ponto de encontro entre a Análise Econômica do Direito (AED) e a Teoria dos Sistemas: preocupação e abrangência de querer, com fundamentos diversos (respectivamente, econômico e sociológico), explicar a sociedade moderna. Interessante se faz a crítica de Luís Alberto Warat ao termo “pós-moderno”, atribuindo-lhe a expressão de “transmoderno”, pois

5 Sobre a mudança social dos séculos XIX e XX, leciona Paulo de Tarso Ribeiro que as dinâmicas evolucionárias das sociedades modernas, apontando o novo modelo de poder estatal, enquanto estamento controlado pela burocracia, e instrumentalizado pelo uso legítimo da força (Weber), suficiente para justificar o modelo de Estado liberal-moderno, porém, insuficiente para justificar as transformações pelas quais a sociedade contemporânea passa. Diz, brilhantemente Paulo de Tarso que, a transição do Estado liberal para o Estado social (providência), também ocasionou, segundo a sociologia, a rupturas dos chamados *anéis burocráticos* que cortam, horizontalmente, as estruturas pública e privada do Estado moderno. Ocorre, segundo Tarso, uma constante absorção da sociedade civil pelo Estado em expansão, fazendo com que a distinção entre Estado e Sociedade, público e privado tenha um caráter simplesmente analítico. Nesse contexto, e, sinteticamente, deu-se então um processo de *administração do direito público* e a *normativização das dinâmicas sociais* provocando uma certa *paralisação decisória* do sistema, denotando uma crise de legitimidade normativa típica das sociedades em transformação, o que, nos aproxima da concepção luhmann da legitimação do exercício do poder não pelas decisões em si, mas sim, pelos procedimentos que as constituíram. (Cf. Direito e mudança social. In: FARIA, José Eduardo. (Org). *A crise do direito numa sociedade em mudança*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988, pp. 81-89).

segundo ele, a pós-modernidade não é outra coisa que a modernidade nas suas formas esgotadas, em transito para outros estilos de pensamento.

A Racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico inserido num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações (complexidade), aumentando, sem mensuração, os riscos de desapontamento (o que fundamenta a contingência).

O Direito no Estado de Bem-Estar Social é, em larga escala, prospectivo, voltado para o futuro e sensível às conseqüências de sua aplicação. Isso pressupõe uma grande abertura do sistema ao ambiente e uma suposta coerência nas relações inter-sistêmicas (com isso, desfigura-se o sistema, não se reconhecendo os limites internos e não se identificando claramente as condições auto-referenciais dos demais sistemas). Surge daí o juiz-herói, o juiz-político, o juiz-economista.

O sistema jurídico não assegura comportamentos. Por isso se diz que a norma jurídica não gera, por si só, atuação conforme ao direito. Não é a capacidade de guiar condutas que distingue o direito da religião, das relações de vizinhança ou da moral. A especificidade do direito reside em proteger quem espera um comportamento conforme a norma.

A abertura cognitiva ao meio envolvente também é uma forma de assimetriação e superação dos paradoxos da auto-referência. O problema é que a auto-referência pura conduz à tautologia, que não é informativa: é direito aquilo que o direito diz que é direito... Para romper este círculo, é preciso introduzir condicionamentos (assimetriações). Isto se dá através de orientações cognitivas. E esta é, talvez, a maior contribuição do direito positivo: a utilização de estratégias normativas e cognitivas para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas. O sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto: a auto-referência da base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, a hetero-referência no que tange aos fatos.

Em relação ao número, a diversidade e a interdependência das ações possíveis, a sociedade moderna é muito complexa.

A complexidade e contingência são elementos cada vez mais característicos de nossa sociedade na pós-modernidade, desestruturando e dificultando os processos de tomada de decisões no Sistema Jurídico.

Um sistema da sociedade complexa e fortemente diferenciado produz projeções de possibilidades quanto ao futuro tornando possível que a sociedade possa se referir as suas formas de integração apesar de um futuro aberto e rico de possibilidades.

Os limites operativos do sistema jurídico se dão na aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico ou lícito/ilícito), onde o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei.

O processo evolutivo do sistema jurídico (adequação a novas condições de complexidade interna e ambiental), pressupõe um sistema de limitações de expectativas já existentes. A clausura operativa, que depende do conceito de forma (inclusão e exclusão concomitantes), significa unicamente que a autopoiese do sistema, ao seu turno, somente pode ser efetuada com operações próprias.

O sistema do Direito é um sistema social parcial, que absorve as referências do meio, e que, a fim de reduzir a complexidade, apresentada-se por seu ambiente, através de uma comunicação específica (codificação binária: direito/não-direito), e atuando mediante uma distinção, sempre auto-referencial e com o escopo de apreender situações do mundo real.

O legislador estatui um programa em forma de norma jurídica. Este, entretanto, realiza a previsão dos efeitos somente em parte. Os programas devem ser tidos como variáveis, como referências do meio, que, quando aptas a serem incorporados ao sistema, por meio de seus códigos (invariáveis), geram a dinâmica e evolução do sistema.

A relação entre a valoração negativa e valoração positiva (lícito e ilícito) muda à medida em que a sociedade muda. Para a norma jurídica é normal assumir um rígido esquematismo binário, no sentido de que todo agir é Direito ou não Direito. Podemos perguntar se este esquematismo pode se temporalizar. Quanto mais se produz direito mais se produz não direito. Podemos enumerar alguns sistemas funcionais e seus códigos binários:

- a política que usa o código binário poder/não-poder ou governar/não-governar;
- a ciência com o código binário verdade/não-verdade;
- a economia com o código binário pagar/não-pagar ou propriedade/não-propriedade;
- a arte com o código binário bonito/feio;

O conceito de diferenciação funcional detém importância na concepção de Luhmann, para ele significando que a sociedade se divide em sub-sistemas, os

quais assumem uma função específica na reprodução da sociedade e do seu meio. Os sistemas em Luhmann são diferenciados funcionalmente, em quatro formas demonstráveis: a) diferenciação segmentária; os sub-sistemas da sociedade são iguais entre si, por exemplo grupos tribais, que vivem sem muito contato entre si; b) diferenciação através da diferença centro/periferia; agora existe um caso de desigualdade (= centro), mas o princípio da segmentação se mantém (vários segmentos no centro e na periferia); c) diferenciação estratificada; a sociedade é dividida em camadas e existe uma diferenciação hierárquica. Normalmente existem pelo menos três camadas diferentes. A quarta forma de diferenciação, que começa se formar no século XIV, e, desde o século passado se constitui como forma completa, trata-se da diferenciação funcional.

A esquematização binária do direito e do não direito utilizada por Luhmann, no sentido de uma disjunção completa que exclui uma terceira possibilidade. Portanto, todo agir pode ser classificado como direito ou não direito. Para um atual possível conflito, a esquematização vale como pressuposto para o desenvolvimento de um ambiente decisional universal (universalismo). Por último, o esquematismo e o universalismo tornam possível um alto grau de diferenciação do direito.

Em uma sociedade altamente complexa, a crise do direito normativamente estabilizado requer uma forte diferenciação interna do sistema jurídico. Isto corresponde a um princípio geral da teoria dos sistemas: o sistema reage internamente a um ambiente mais complexo através de um aumento da diferenciação funcional e admissão do conflito no sistema. Isto requer da dogmática um aprimoramento de sua capacidade de prestação para integrar legislação e jurisdição.

O meio de comunicação simbolicamente generalizado do dinheiro constitui, por exemplo, a condição determinante para a diferenciação de um sistema autopoietico autônomo da Economia. Assim “propriedade” e “contrato” com o duplo significado (conotação diversa para Economia e Direito), somente podem ser entendidas adequadamente como um sistema de acoplamento estrutural. Ele permite, conforme se aventará, que as operações econômicas sejam eficazes como irritações do sistema econômico, sem que se modifique o caráter de clausura operacional de cada um dos sistemas.

5. O debate sobre o acoplamento das estruturas

Cada diferenciação de um sistema, isto é, a constituição da diferença sistema / meio dentro de um sistema, cria novos sistemas e novos meios dentro do siste-

ma. A diferenciação de um sistema em sub-sistemas substitui na nova teoria dos sistemas a diferença partes / todo. O sistema se diferencia não em várias partes, mas sim, em diversas diferenças sistema / meio. Para cada sub-sistema, se forma dentro do sistema original, meios diferentes, tendo como limites finais o limite do sistema original. A modificação de um sub-sistema se constitui, assim, sincronicamente, como mudança de meio para vários outros sub-sistemas dentro do sistema original. Uma mudança que por si pode iniciar um processo evolutivo nesses sub-sistemas. Os sub-sistemas estabelecem acoplamentos estruturais entre si e co-evoluem. O acoplamento estrutural entre os sub-sistemas é o que define estrutura da sociedade como sistema social mais amplo e o que constitui a forma da diferenciação do sistema.

Devido ao acoplamento estrutural entre os sistemas funcionais, um aumento da integração da sociedade, representa não somente ordem, mas também um risco. A sociedade é extremamente irritável frente à inexistência de uma instância controladora e as múltiplas conseqüências da atuação dos sistemas funcionais estruturalmente acoplados. Enquanto no nível global da sociedade a ordem é colocada em risco devido a sobre-integração dos sistemas funcionais, no nível regional dessa mesma sociedade a ordem não se estabelece devido a sub-integração dos sistemas funcionais.

Como bem define Luhmann, o acoplamento estrutural é uma forma, uma distinção, no sentido de que incluir ou se acoplar é tão importante quanto o que se excluir. A teoria dos sistemas autopoieticos substitui a explicação causal dos sistemas abertos (input/output), valendo-se de um modelo de ligações simultâneas e assimétricas entre os sistemas. Diferenciados funcionalmente, os sistemas mantêm conexões altamente seletivas com seus respectivos ambientes. Justamente essa forma própria de cada sistema de pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar tais referências às suas operações internas o que configura o acoplamento estrutural.

Para o desempenho de sua função os tribunais se socorrem de fortes mecanismos de proteção. O principal é a lei, que seleciona, organiza e transforma variadas questões em problemas passíveis de tratamento judicial. Nesse aspecto, retome-se o conceito kelseniano de antijuridicidade e o papel dos Tribunais na ótica daquele positivista para encontrarmos mais um ponto de aproximação entre o seu pensamento e a concepção de Luhmann.

O conceito de *complexidade* para Luhmann diz respeito a contínua existência de mais possibilidades do que pode ser realizado pelo sistema. Já a *con-*

tingência é o perigo de desapontamento ante a necessidade de assumir riscos. Para a assimilação da complexidade e contingência, nas quais estamos inseridos, desenvolvem-se estruturas correspondentes de assimilação da experiência com o escopo de absorver e controlar ambas (complexidade e contingência). Criam-se assim, certas premissas da experimentação e do comportamento para possibilitar uma qualidade no processo seletivo.

Apesar das relações institucionais comuns que a política e o Direito mantêm com a Constituição, a lei é o aparato coercitivo, sendo que a seletividade dos sistemas político e jurídico é muito diversa. Grande parte dos problemas de judicialização da política e da politização do direito decorre da falta de percepção dessas diferenças.

Os sistemas em Luhmann se encontram estabilizados, a partir do conceito que desenvolve quanto a *dupla interdependência* quando deu uma menor importância ao fechamento operacional como meio para se realçar a dupla troca de informações entre os sistemas. Este conceito deu lugar, com a teoria dos sistemas, a terminologia de acoplamento estrutural. De forma paralela e equivalente, passou-se do conceito de equilíbrio dos sistemas (troca equilibrada de informações) ao conceito de estabilidade dos sistemas, cujo o fechamento operativo e abertura para apreensão de informações aptas a se adequarem aos mecanismos internos instruiu os sistemas estáveis, porém, sempre em potencial irritação e sujeição a novas modificações por conta da seleção de novas informações do meio. Segundo Luhmann a autopoiese é uma dinâmica do sistema baseada em operações: *é estabilidade dinâmica*.

O Direito mantém uma interdependência com a Sociedade, entretanto, devido ao seu poder de auto-produção, aquele é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – apresentam-se em uma articulação hipercíclica - possibilitando seu fechamento operativo por causa de sua auto-manutenção (auto-referência, auto-organização, auto-produção). O sistema jurídico, assim, atua de maneira normativamente enclausurada, cuja referência destas articulações internas ao sistema serão sempre determinadas por aquelas proferidas pelo próprio sistema anteriormente, em uma das principais características de um sistema autopoietico: *a auto-referência*. Desta característica decorrem (auto)observações profícuas do sistema do Direito.

A diferenciação centro/periferia pode ser aplicada aos sistemas parciais, embora Luhmann ignore tais referências. Nos países centrais, o processo de varia-

ção, seleção e estabilização de expectativas é mais lento e durável (velocidade de mudanças programáticas). Por isso, ficções como a “função transformadora” do direito ainda são debatidas nas periferias. Nas periferias (zona de contato com os demais sistemas), ocorre, comumente, sobreposição de códigos ou insuficiente fechamento operacional.

Com isso, a periferia dos sistemas jurídicos periféricos é incapaz de oferecer aos Tribunais auto-isolamento cognitivo. O sistema político universaliza temas, não permitindo ao sistema jurídico processá-los em termos de suas estruturas.

Em muitos países (periféricos) a Constituição funciona como um simples instrumento para a política simbólica, diante do não fechamento operativo do sistema jurídico. Ao revés, nos países centrais, a Constituição cumpre um papel mais modesto, pressupondo a diferenciação funcional e a clausura operativa dos sistemas político e jurídico.

A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (Jurisprudência) e, esta interação demonstra que a legislação é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais encontram-se no centro deste.

A complexidade periférica nos países subdesenvolvidos é maior (as escolhas incluem pavimentação, saneamento básico etc, além da construção por ex. de uma escola, biblioteca municipal, etc...). O paradoxo contemporâneo do direito se dá na ordem de que a seleção de acontecimentos, que se levam a cabo no entorno e podem produzir efeitos no sistema, é condição de possibilidade para que o sistema possa empreender algo. Portanto, a redução de complexidade é condição para o aumento da complexidade.

A aprendizagem do sistemas, a exemplo do sistema jurídico, acontecem na ordem de referências e de informações obtidas pelo respectivo sistema⁶. Obedece-se a sincronia, mas não a simultaneidade na apreensão das informações que lhes são decodificáveis. Essa lógica respeita a diferente velocidade de ressonância de cada sistema analisado. Os acoplamentos estruturais somente garantem a simultaneidade do sistema e ambiente na sucessão respectiva de eventos, mas não sua sincronia.

6 *Referência* é a designação proveniente de uma distinção e a peculiaridade do prefixo *auto* reside no fato de que a operação de referência resulta naquilo que designa a si próprio. As referências (conceito lato) e informações (conceito restrito) configuram a seleção na escala de possibilidades existentes.

Sobre o papel do Judiciário na unificação de programas, temos que as expectativas normativas se ajustam aos novos fatos sociais, não propriamente de forma congruente entre os sistemas de consciência e de comunicação, fazendo com que, constantemente, tenham ensejo as decepções de tais expectativas. O sistema jurídico, por suas estruturas, impede que as constantes decepções provoquem a anulação das estruturas. Com isso pressupomos que o fechamento operativo do sistema jurídico refere-se a uma função pertinente ao acoplamento estrutural desse sistema com o entorno.

A diferenciação do Direito em relação ao sistema social provoca uma nova relação entre o sistema jurídico e o seu entorno social interno. Assim, internamente, enquanto o direito se comunica é também irritado pelos sistemas de consciência, surgindo daí a possibilidade de sua evolução, na medida que tal sistema poderá desenvolver novas formas de acoplamento estrutural em relação aos sistemas sociais (sub-sistemas) de seu entorno social interno.

Os acoplamentos estruturais se prestam a provocar irritações no sistema jurídico, orientando-se pelo sistema próprio de normas (códigos e programas), adquirindo no sistema onde são postos a natureza de regras gerais, e, submetendo-se, enquanto instrumento de acoplamento estrutural, de maneira irrestrita, às pressões do entorno social interno dos sistemas que se encontrem interagindo. O problema de fundo que se apresenta, segundo Luhmann, reside no fato de que os acoplamentos estruturais, em relação aos subsistemas sociais (permeáveis) podem gerar corrupção e ao mesmo tempo reduzi-la, bem como, permitir uma maior influência do entorno com o sistema jurídico. (dependendo do grau de diferenciação funcional de cada sistema).

O Judiciário detém importante papel na unificação dos programas de cada sistema frente aos acoplamentos estruturais. Parte-se do pressuposto que tais acoplamentos (contrato, propriedade, moeda), estabilizam diferenças específicas mediante a indiferença de cada sistema frente aos demais, perfazendo assim a síntese do processo entendida pela observação e pela auto-referência de cada sistema. Os Tribunais exercem vigilância sobre o efeito gerador da indiferença, ou melhor entendida, a produção incongruente de informação, promovendo, no “núcleo duro” do sistema jurídico, a unificação dos programas decodificáveis pelo direito, e, de dessa forma, fornecendo maior estabilidade para o sistema jurídico⁷.

7 Celso Fernandes Campilongo, analisando a teoria de Luhmann, aponta a necessidade de uma pré-seleção política do Judiciário dos casos que irão influenciar nas suas decisões, inerentes aos atos de

Os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, em “De Máquinas y Seres Vivos”, de 1973, visando superar a tradicional antinomia entre os mecanicistas e os vitalistas, apontam uma terceira via de defesa de uma organização auto-referencial dos seres vivos, onde a respectiva ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva. Autopoeisis é um processo pelo qual uma organização se produz a si mesma. É autônomo a vive em regime de auto-manutenção.

Os sistemas (jurídico, político e econômico) necessitam de condições mínimas para a *autopoiesis*, e como as quais superarão, ao longo do tempo, as mudanças e/ou evoluções de suas estruturas internas (p.ex: preços, propriedade, contrato e suas funções e as normas constitucionais). Dessa forma, a reprodução autopoiética continuará se operando. Valendo-se do exemplo da propriedade como acoplamento estrutural entre o sistema econômico e o sistema jurídico para estabelecer as seguintes premissas mínimas, como sendo: a) o estabelecimento de uma distinção específica nas estruturas sistêmicas; b) a interrupção das exigências do consenso para que surjam os resultados positivos da comunicação; c) a determinação do âmbito especificado de comunicação; e d) a ruptura da simetria.

Para Luhmann os procedimentos são sistemas de ação baseados na conformidade com os regulamentos jurídicos. Tratam-se de acontecimentos reais e não de relações meramente normativas. Uma teoria decisionista da política e do direito. Nesse sentido, Luhmann afasta a concepção de democracia fundada num consenso legítimo fundado no pluralismo de valores (críticas que lhe foram postas como representante da doutrina alemã que ignora a “multidão movediça dos cidadãos”). O consenso democrático que parece ser proposto por Luhmann se corporifica de forma “fictícia”, na medida em que não são para ele

governo, na medida em que Luhmann entende o Judiciário como subsistema do sistema jurídico, sendo concomitantemente, dependente e independente do último. Sujeita-se a influências políticas, mas também pode produzir decisões autônomas. Isso permite ao Judiciário politizar ou despolitizar, taticamente, as questões que lhes são apresentadas, e assim, compensando, em parte o mau funcionamento do sistema político. E ainda, ao Judiciário cabe a função de legitimar o uso da violência, funcionando como veículo entre a violência física e o direito. (Cf. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e justiça - a função social do Judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989, pp. 111-120). José Eduardo Faria assinala que o Estado, via Judiciário, decide sobre os fundamentos políticos do Estado, com a promoção da cidadania e a inserção no todo social, e, por último, a função mediadora do Judiciário no Estado contemporâneo, onde, à vista de demandas potencialmente públicas ou politizáveis, procede a integração do conflito à órbita jurídica, num processo de despolitização. (Cf. A função política do poder judiciário. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça - a função social do judiciário*. São Paulo: Editora Ática, 1989, pp. 123-144).

os interesses sociais que provocam a mudança legal, pois, a regra da maioria seria mitigada pela seletividade “autopoiética” do sistema.

O condicionamento da autoridade política (sistema político) à vontade privada e limitação da vontade privada através do sistema jurídico (legitimação do uso da força). O acoplamento estrutural entre Direito e Economia se converte em um meio para o poder político, ou seja, num acoplamento cheio de possibilidades a que se dão formas politicamente aceitáveis através de decisões coletivamente vinculantes.

A Constituição legitima (segundo a ótica da Política) o uso da força e, concomitantemente, restringe seu uso; A Constituição, como acoplamento estrutural, funciona concomitantemente como referência e limitação aos sistemas Político, Jurídico e Econômico.

Tendo como ponto de partida idéia de que o acoplamento estrutural separa e ao mesmo tempo vincula sistemas jurídicos, se vê bem presente nas relações entre propriedade e contrato (sistema econômico/ sistema jurídico). A atribuição de valor é avaliada pelo direito por meio da propriedade e do contrato. Diz Luhmann que o fechamento operativo dos sistemas econômico e político, como exemplos, se dá por meio das exigências juridicamente válidas que lhes são afetas. No caso do contrato, confere-se poder político à vontade privada. Tal poder político deverá ser utilizado (legitimando-se o uso da força com a imposição dos Tribunais) quando se trate de impor as exigências do contrato, apesar de ter sido esta vontade parte de uma transação de vontades privadas. Nesse sentido, leia-se que os sistemas jurídico e político se encontram vinculados a vontade privada.

De outra parte, vê-se que, o conceito de validade jurídica modifica o estado do sistema jurídico, obrigando o sistema político a lhe dar cobertura, e, condicionando tal cobertura a motivos que não são objeto do sistema jurídico.

Essas óticas relacionais proporcionam, segundo Luhmann, um enorme incremento da variedade dos sistemas, e a conseqüente procura demasiada ao Judiciário para a unificação de programas existentes em cada sistema.

Em virtude do acoplamento estrutural, o sistema jurídico, p. ex., permite-se irritar internamente, a partir de suas próprias estruturas seletivas, pelo sistema político. Sem o acoplamento, não seriam possíveis tais irritações e, por conseqüência, a chance de aprendizado dos sistemas parciais⁸.

⁸ Entendem-se irritações como reações interiores das estruturas do sistema a partir de seu modo particular de observar o ambiente; no dizer de Luhmann é uma forma de percepção do sistema, mais precisamente uma forma de percepção sem um correlato no ambiente.

As irritações sempre estão orientadas pelas estruturas. As estruturas condicionam o espectro de possibilidades no sistema; o padrão das estruturas pré-condicionam o que é suscetível de ser apreendido, enquanto que a autopoiese determina o que de fato há de ser apreendido e tratado pelo sistema.

Tomando como base a diferença estamentária e estratificadora da sociedade, produziu um pano de diferenciação bem mais visível entre os sistemas. Assim, como resultado dessa diferenciação, o Estado aparece como o portador do acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, de forma a que ele próprio, por meio de sua Constituição, permita que o direito positivo se converta em um meio de conformação política, do mesmo modo que o Direito Constitucional sirva como instrumento jurídico à implantação de uma disciplina política.. Essa dinâmica, como aponta Luhmann, é forma de acoplamento através do Estado constitucional, que possui possibilidades em ambos os lados, quer no sistema político, quer no sistema jurídico. Nota-se na confecção desse acoplamento, a possibilidade de realização das liberdades superiores, assim como, uma notável aceleração da dinâmica própria de cada um dos sistemas.

A Constituição legitima os procedimentos dos sistemas e modifica o curso do Direito. O Direito Natural é ultrapassado pelo Direito Positivo, e os fundamentos cosmológicos e naturais são abandonados por formas mais estáveis. A Constituição prevê um elo de ligação entre a legislação e a vontade política, conformando juridicamente a última. A Constituição delimita as diferenciações internas e externas dos sistemas, o regime de competências e as regras de validade dos sistemas e de seus entornos. Por meio da Constituição, restam normalizados os processos e definidos os pontos de irritação dos sistemas. A Constituição opera a unidade dos sistemas, na medida em que estabelece um conjunto de princípios como atos de comunicação dentro do sistema jurídico, que, em última análise, serão aplicados pelos Tribunais (variabilidade estrutural). Diz Luhman que: “as Constituições dão soluções políticas para o problema da auto-referência do Direito e soluções jurídicas para a auto-referência política”.

O Direito Subjetivo é tratado por Luhmann com os ideais dos séculos XVII, XVIII, a partir das relações estabelecidas no Direito Moderno entre o Direito Público e o Direito Privado, estabelecidas no texto Constitucional. O conceito do uso racional da propriedade como meio de multiplicação do bem-estar em geral é referido por Luhmann (séc XVIII). O séc. XIX traz a preocupação do sistema jurídico com sua unidade, donde emerge a noção de reciprocidade e de solidariedade – conceito de validade política – passou a última a constar como

princípio jurídico de perfil bem claro. Esse novo quadro apontou o estabelecimento de direitos subjetivos assegurados em nível constitucional. A linguagem nesse escopo é utilizada para fornecer a simetria das relações de reconhecimento das exigências normativas com o uso da racionalidade social⁹.

O Direito Subjetivo em sede constitucional delimita as necessidades coletivas através de uma nova forma de contrato social. Na modernidade, o Direito Subjetivo oferece garantias de para quem tem e contra quem os direitos são postos, fornecendo meios de estabilidade para o sistema.

6. Hans Kelsen e Niklas Luhmann: *similitudes, diferenças e conclusões*

O propósito deste estudo possui uma clara pretensão de estabelecer pontos de contato e distanciamento entre as visões de Kelsen e Luhmann. A teorização de cada um desses pensadores é feita, pelo que percebemos, a partir de premissas, em tese diferentes. Enquanto Kelsen estabeleceu suas premissas doutrinárias a partir da concepção de um ordenamento jurídico, um sistema de regras, escalonado e hierarquizado. Em Luhmann as premissas são muito mais abertas, partindo-se de um conceito, no segundo Luhmann, de um *sistema* como conjunto integrado e relacionado entre si e com os demais sistemas numa sociedade com várias escolhas e oportunidades. A doutrina de Luhmann é disposta, tendo como norte as relação da sociedade com o meio em que interage, daí porque trabalha não apenas o sistema jurídico, mas também, outros diversos sistemas sociais, como o político e o econômico.

Um ponto de similitude entre o ordenamento jurídico escalonado kelseniano e o sistema jurídico kelseniano, se dá na preocupação com a validade da norma jurídica em kelsen, por meio de um imperativismo crítico, calcado num imperativo hipotético, a partir da lei que define o jurídico e o não jurídico (antijuridicidade) e o código lícito/ilícito ou direito/não direito, disposto por Luhmann, pelo que percebemos, como mecanismo contingencial e de fechamento operativo do sistema jurídico.

⁹ Georges Burdeau diz estar a Constituição apta a fundar a validade da lei e que a acima da Constituição não existe norma alguma (*Droit constitutionnel*. 24^a. ed. Paris: LGDJ. 1995). Leia-se, Santi Romano. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo: RT, 1977.

Um ponto de diferença entre Kelsen e Luhmann, entendemos existir na construção da norma jurídica, que, para Luhmann têm um conteúdo dinâmico, calcado numa visão prospectiva do direito. Já em Kelsen, tem-se a formulação técnica da norma jurídica com uma visão prescrita e hipotética.

O conceito de que o sistema jurídico é cognoscitivamente aberto e operativamente fechado também se aproxima de Kelsen, respectivamente, no entendimento de que o ordenamento escalonado apreende com o meio (fato social), funcionando a Constituição como elemento justificador da pirâmide legal que construiu, a rigor de um pressuposto transcendental, nesse sentido próximo a concepção kantiana. E, de outra parte, mais uma vez se assemelha à idéia kelseniana, na medida em que admite a operação fechada do sistema, a fim de lhe dar estabilidade e evitar bloqueios, ao passo que Kelsen não admite influências valorativas na consecução dos objetivos válidos da norma jurídica.

O método científico e próprio utilizado pelo positivismo em Kelsen estabelece, em nossa ótica, um maior grau de especificação do direito e de diferenciação funcional do sistema jurídico. Esse é um paralelo que nos parece possível quanto cotejados as duas vertentes doutrinárias.

Percebemos ainda que, os juízos hipotéticos kelsenianos, considerando-se a lei (código) o *núcleo duro* do direito, se aproximam muito do disposto por Luhmann em relação as expectativas normativas do sistema jurídico, que, apesar de não se prestarem a guiar comportamentos, dispõem sobre condutas desejáveis, em obediência a norma jurídica, a qual, através de seu código, estabelece o lícito e o ilícito e a repercussão coativa pela frustração da expectativa existente, com a sanção própria que lhe é estipulada.

Sem a pureza metológica de Kelsen, onde o Direito é isolado e impermeável às referências externas, o núcleo de ligação entre as visões de Kelsen e Luhmann se apresenta em dimensões e proporções diferentes. Em Luhmann se respeita a fragmentação e permeabilidade do direito num contexto de sociedade moderna e complexa, onde o sistema permanece isolado em relação ao funcionamento operativo e aberto a referências do meio, sempre recebendo novas informações que serão processadas ou não conforme se adaptarem ao seu código (chamada estabilidade dinâmica).

Parte-se da premissa constitucional-positiva para lançar olhos num possível, e, sob nossa ótica, necessário, acoplamento dos sistemas sociais, com destaque para os sistemas jurídico e político, por via do ponto conexo e fundante da estrutura jurídica do Estado de direito, no caso, a Constituição em vigor e seus princípios implícitos e explícitos.

7. Referências bibliográficas

ABRUCIO, F. L./ SAMUELS, D. (1997). A nova política dos governadores, *Lua Nova*, 40/41, 137-166.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10^a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CORSI, Giancarlo; ESPÓSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glossário sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidade Iberoamericana, 1996. 192p.

DINIZ E./DE AZEVEDO S. (Orgs.). (1997). *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: Ed. UnB/ENAP.

DINIZ, E. (1997): *Crise, reforma do Estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas.

FILHO, Calixto Salomão (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. 262p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LECHNER, N. (1996): Reforma do Estado e condução política. *Lua Nova* 37: 33-56.

LIMA JÚNIOR, O. B. (1997). *Instituições políticas democráticas*. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar.

LUHMANN, N. *La differenziazione del diritto – contributi allá sociologia e allá teoria del diritto*. Trad. Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagi. Milano: Società editrice il Mulino, 1990. 363p.

_____. *Soiologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Edizioni Scolastiche Bruno Mondadori, 1996. 265p.

LUHMANN, N; DE GEORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Trad. Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Coordinador de la traducción. Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. 440p.

NEVES, C. B. / SAMIOS, E. M. B. (Orgs.) (1997): *Niklas Luhmann. A nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Da UFRGS/Goethe Institut.

NEVES, M. (1996): Luhmann, Habermans e o estado de direito. *Lua Nova* 37.

NOGUEIRA, M. A. (1995). Para uma governabilidade democrática progressiva. *Lua Nova* 36.

ROEMER, Andrés (compilador). *Derecho y economia uma revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Econômica, 2000.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. – interpretação da lei temas para uma reformulação. Porto Alegre: SAFE, 1994.

ZYMLER, Benjamim. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

"Legislación antimonopólica y mercado en el Derecho Romano en el período tardoantiguo"

Prof. Dr. Jorge Horacio Bruzzone

Filiación institucional:

Universidad Nacional de Río Cuarto (Arg.)

Universidad Nacional de Córdoba (Arg.)

Introducción

La legislación de defensa de la competencia y antimonopólica ha venido a constituir, en el siglo XX, una de las áreas jurídicas de mayor desarrollo e el mundo industrializado. Comenzando en los Estados Unidos, y luego con la formación del Mercado Común Europeo se impulsaron tales tipos normativos en el mundo occidental. Desde la Ley Sherman Antitrust de 1890 en los Estados Unidos, al tratado de Roma de 1957, en occidente se sentaron las bases para las regulaciones dirigidas a la tuición de la concurrencia en los mercados, legislación que hoy, puede asumirse, tiene difusión global.

No es nuestra pretensión un abordaje dogmático de las diversas normativas dirigidas a combatir los monopolios o atentatorias de la libre competencia, ello es propio de la doctrina propia de dicha materia comercial. Como romanistas, historiadores, nuestra tarea es trabajar e indagar en los pasados discursos, discursos normativos, jurídicos, en nuestro caso, buscando algún antecedente que nos confirme que la actual legislación no es más que un nuevo escalón en esta incansable tarea de construir una cultura jurídica.

Nuestro trabajo se orienta a mostrar como las modernas legislaciones antimonopólicas y de defensa de la competencia, tomando como referencia y modelo la Ley argentina Nº 25.156, encuentran sus antecedentes en la legislación romana imperial tardoantigua.

El antecedente romano de la legislación antimonopólica.

El mercado es un elemento necesario en una organización económica basada en la división del trabajo y el cambio, que comprende a los factores de pro-

ducción que, de algún modo, tienen influencia en la determinación del precio de algún producto en particular, condicionado ello, en una situación de libre concurrencia, a los condicionamientos de la demanda de dicho producto.

Un mercado contiene a los sectores de la producción, distribución, y consumo de un producto, y en un sentido jurídico, a todas las contrataciones que posibilitan el tráfico de bienes y servicios entre los diversos actores económicos. Frente a los modelos de libre concurrencia, se presentan distorsiones en su morfología, desde la oferta, el monopolio y el oligopolio, desde la demanda, el monopsolio y el oligopsolio,

Las distorsiones en esta organización del mercado basada en la división del trabajo y la libre concurrencia puede ser causada por diversos factores: la dimensión reducida de los mercados en los cuales solo un número reducido de actores pueda organizar los factores de producción de modo eficiente; la escasez de recursos aptos para la organización empresaria o de capital; o aspectos institucionales ligados a las políticas económicas gubernamentales.

En general puede aceptarse que, en términos exclusivamente económicos, las legislaciones antimonopólicas se orientan, de algún modo, a buscar la eficiencia del sistema productivo, y fundamentalmente a la asignación de los recursos entre los distintos sectores de la producción. Por otro lado, desde lo extraeconómico, se pretende la descentralización del poder económico y la minimización de la voluntad privada respecto al bienestar de terceros.

Casi de modo intuitivo puede asumirse que que sólo una economía que se despliegue en condiciones de libre competencia puede lograr una óptima distribución d los recursos entre los diversos actores económicos, pues bajo estas condiciones los precios tienden a reflejar la relación de sustitución entre los diversos vienen y servicios ofrecidos y demandado. Por oposición, una estructura monopolista tiende a maximizar sus utilidades llevando la producción al punto en el que el ingreso marginal iguala al costo marginal de su producción, por lo que, los precios no reflejan el costo de sustitución, sino que, se presentan artificialmente altos. También sabemos, pues no somos ingenuos, que las funciones de utilidad de los distintos consumidores son independientes entre sí, y los análisis basados en la libre concurrencia o en la organización monopólica del mercado son siempre parciales y segmentadas.

Sin embargo, también se puede apreciar casi intuitivamente, un axioma de toda economía es aquel que sostiene que la remuneración de los factores de producción debe mantener una adecuada relación con su aporte en los bienes y

servicios disponibles en la sociedad. De tal modo, los monopolios operan como restricciones de las fuerzas competitivas constituyendo un elemento distorsivo en la regla de distribución del ingreso, mediante un aumento de los precios en los sectores en los que opera.

A estos aspectos vinculados a los mecanismos de distribución del ingreso y a la eficiencia del sistema productivo, deben agregarse aquellos relacionados a las desigualdades económicas que son admisibles para cada sociedad lo que deviene en un problema político. Es por ello que la legislación de defensa de la competencia, que tiene a garantizar o alcanzar mejores condiciones operativas en un marco de libre competencia económica es un mecanismo de política económica sustitutivo de la intervención estatal directa en la economía.

La palabra “monopolio” deriva de las palabras griegas “μονο” que significa uno, y “πωλο” que expresa la actividad de vender, y designa el tráfico odioso de quien se hace dueño de todas las mercaderías de un género con el fin de forzar una suba en el precio distorsionando la oferta para aumentar la escases, lo que también puede hacerse mediante la concertación de pocos oferentes (oligopolio o cartelización)

Las morfologías distorsivas del mercado, los monopolios y oligopolios, y sus expresiones especulares en la demanda, han sido siempre una preocupación de las administraciones en tanto encubren, cuando no se muestran abiertamente, vías de direccionamiento del flujo de capital en perjuicio de la población en general, y en tanto está es contribuyente, en la capacidad contributiva de los actores económicos y la posibilidad de obtención de los recursos fiscales.

De tal modo, la actividad monopólica es condicionante directo de la posibilidad de crecimiento económico de la población, como de la administración y las políticas públicas, lo que los constituye en factores de decisión o, al menos, actores condicionantes de las decisiones políticas.

Es un error jurídico, histórico y económico pensar que la actividad monopólica, como sostienen las corrientes marxistas, constituye el tránsito del capitalismo a un orden económico y social superior; del mismo modo que considerar estas organizaciones económicas como originarias en la estructura colonial proyectada por las monarquías europeas en la modernidad.

El monopolio, como las otras malformaciones de la organización económica, existen y han existido a la par de la actividad económica desde que esta emerge como actividad del hombre, por ser comportamientos que tienden naturalmente a presentarse. Las configuraciones económicas distorsivas ya mencionadas

son la consecuencia de la concentración de cierto factor económico, en un grado tal que permita controlar su precio prescindiendo de la libre concurrencia.

Para que un monopolio sea eficaz no debe haber en el mercado otro producto que sustituya o concurra como alternativo a aquel que ofrece el monopolista y estar en condiciones de impedir la entrada al mercado de cualquier otro competidor en condiciones de incidir sobre el precio. De tal modo el poder económico del monopolista o del sujeto económico en posición dominante debe estar en capacidad de controlar un recurso indispensable, poseer la capacidad técnica que permita la producción a precios razonables, disponer de un derecho o de una franquicia que le permita desarrollar su actividad económica con ventajas en el mercado.

Si bien la transnacionalización del fenómeno empresario, y la regionalización supranacional de los mercados, ha llevado a los gobiernos a preocuparse por los comportamientos económicos que se erigen como factores de poder y, en consecuencia, como actores políticos. El intento de domesticación de estos actores se ha intentado, fundamentalmente por medio de la legislación antimonopólica y de defensa de la competencia, ello con mayor o menor éxito.

Los monopolios económicos son un fenómeno que se ha presentado a lo largo de toda la historia económica, y puede advertirse que son las situaciones de escases las que favorecen la emergencia de la actividad monopólica o la cartelización, por cuanto es difícil que pueda haber diversidad de productores a precios razonables. Por esta razón, entre otras, es que los gobernantes, desde la más remota antigüedad han empleado los monopolios como medio para el desarrollo de sectores claves o estratégicos, aunque estos eran concedidos a los favoritos de la corte con participación del monarca, por lo que también han estado vinculados, en mayor o menor medida, a la corrupción gubernamental.

Bien sabemos que en 1624 en Inglaterra el Parlamento redactó un *Estatuto de Monopolios* por el cual se restringía la capacidad del monarca para crear o conceder monopolios sobre el comercio nacional. La revolución industria y el derecho consuetudinario inglés, hicieron aún más refractaria la conciencia comercial hacia los monopolios, a la par del desarrollo de las teorías económicas como las de Adam Smith, quien propugnaba por un mercado con gran cantidad de pequeños y medianos productores.

Pero el desarrollo tecnológico y el modelo de grandes factorías impulsado por “los gigantes de la industria” americana produjo la expulsión de los competidores relevantes en el mercado, posibilitando la emergencia de los mercados oligopólicos.

Como consecuencia de ellos durante la segunda mitad del siglo XX los gobiernos han intentado por vía legislativa limitar la acción monopólica en las principales industrias, tratando de inducir hacia condiciones de mayor o menor libre competencia, aunque por otro lado, el pensamiento proclive al intervencionismo estatal ha promovido la nacionalización de actividades económicas convirtiéndolas en monopolios estatales, o mejor dicho gubernamentales.

En los Estados Unidos, luego de la guerra civil se dictó en 1890 la *Sherman Antitrust Act*, por la que se pretendía regular, ilegalizar, la cartelización y el control accionario como herramientas de prácticas monopólicas.

Los monopolios, ejercen efectos poco deseables frente al sistema económico de libre competencia, pues redundan en una menor producción de bienes y servicios y a un precio más elevado de los que resultarían de un modelo de libertad de mercado. Esta desventaja fue advertida desde la antigüedad, y respecto a toda actividad monopólica, sea particular o gubernamental.

En Argentina, y solo a modo de ejemplo se sancionó la ley N° 25.156 sancionada el 25 de agosto de 1999 y promulgada el 16 de septiembre del mismo año, denominada “Ley de Defensa de la Competencia” y que tiene por objeto, según su artículo 1° sancionar los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general y, además, la obtención de ventajas competitivas significativas obtenidas de modo irregular.

Estas conductas se prevén en el supuesto de “posición dominante” que queda definida en su artículo 4° entendiéndose que una o más personas gozan de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

En otras palabras, se refiere a la situación monopólica u oligopólica de un sujeto en el mercado, en tanto actor con capacidad de generar distorsiones en la libre concurrencia de oferta o demanda de bienes o servicios.

Sin embargo estas ideas, si bien no presentadas como marcos de teoría económica, ni como legislación especializada “*antitrust*”, no son una novedad de la legis-

lación moderna, sino que se han presentado en nuestra fuente legislativa común, el derecho romano, hace ya más de 1500 años, con una fisonomía que muestra ciertos “rasgos de familia”, efectivamente la preocupación por la injerencia de los monopolios, o las concurrencias monopsólicas o como la de las concertaciones distorsivas del mercado, no constituyen un fenómeno moderno, o propio de la denominada “economía capitalista”, sino que se ha presentado a lo largo de la historia económica, y en consecuencia, emerge patente en la historia de la legislación.

En la legislación española se prescribió respecto a las actividades monopolísticas en la *Partida 5, título 7 ley 2*; en la *Novísima Recopilación libro 12, título 12, ley 11*. La ley 2 del título 7 de la Partida 5 declaraba nulas las cofradías, convenciones, ligas, cotos y otras asociaciones semejantes imponiendo la pena de pérdida de todos los bienes a favor del fisco de aquellos que concertaren convenio para no vender o vender a cierto precio muy por arriba del de mercado; no llevar o impedir que se lleven provisiones a cierta plaza o mercado; cuando los gremios concertasen no enseñar su oficio o lo hiciesen a precio excesivo; cuando varios concertases vender a cierto precio y no por debajo de aquel cierta mercadería o producto, o controlar la oferta de mercancías; cuando los propietarios se conciliasen para establecer alquileres mínimos, o cuando los gremios concertaren no trabajar por salarios inferiores a cierto tanto. Alfonso X argumentaba al respecto : “...Y porque se siguen muchos males de ello, prohibimos que tales cofradías y posturas y cotos como estos sobredichos ni otros semejantes de ellos no sean puestos sin conocimiento y con otorgamiento del rey, y si los pusieren, que no valgan, y todos cuantos desde aquí en adelante los pusieren, pierdan lo que tuvierén, y sea del rey y aún, además de esto, sean echados de tierra para siempre. Otro si decimos que los jueces principales de la villa, si consintieren en que tales cotos sean puestos, o si desde que fueren puestos no los hicieren deshacer si lo supieren, o no enviaren decir al rey que los deshaga, que deben pagar al rey cincuenta libras de oro.”

En el imperio romano tardo antiguo, específicamente en el siglo V, ya encontramos lo que podemos asumir como una legislación antimonopólica moderna, con los rasgos básicos de las legislaciones actuales en la materia. Tal legislación la encontramos receptada en el título 59 del libro 4 del Código justiniano. (C.4.59), bajo la rúbrica “*De Los Monopolios Y De Las Reuniones Ilícitas De Los Negociantes, O De Las Convenciones Prohibidas E Ilícitas De Los Artífices, De Los Empresarios De Obras Y De Los Bañeros*”.

La recepción consta de dos constituciones (C.4.59.1-2), la primera incompleta, fechada a 3 de los idus de febrero durante el quinto consulado

de León Augusto, es decir dada en el año 473; y la segunda, del emperador Zenón del año 483.

C.4.59.1 implica una prohibición, absoluta y general, del ejercicio de monopolios, aún cuando se presentasen documentos de cualquier tenor con autorizaciones especiales en tal sentido. Se sanciona a los funcionarios que, sea por fraude, connivencia o desconocimiento consintieren el funcionamiento de las actividades prohibidas con la pérdida del cargo de su patrimonio.

La ley 2 del título 7 de la Partida 5 parece tener su molde en la constitución de Zenón receptada en C.4.59.2. disposición esta más perfecta técnicamente que la de C.4.59.1. Tal prescripción imperial veda las siguientes conductas: ejercicio de monopolio; cartelización oligopólica para la obtención de precio mínimo, cartelización de los gremios o asociaciones para regular la oferta de servicios o mano de obra. La pena que se establece es el despojo de los bienes y el destierro perpetuo, estableciéndose multa de cincuenta libras de oro al magistrado o titular de tribunal que no sancione, impida o consienta la actividad monopolística o cartelizada, que son básicamente las conductas contempladas en la ley argentina Nº 25.156.

Zenón (Tarasicodissa Rousoumbladeotes) fue emperador de oriente, nacido en el 427 desempeñándose como jefe de la guardia isauria, sirviendo a las órdenes del emperador León I (el tracio) quien le dio su hija Ariadna por esposa, teniendo ambos por hijo a León II, siendo asociado al imperio por León II en el 464. Murio en el 491 siendo enterrado vivo por su esposa mientras estaba ebrio. Su condición de isaurio hizo que siempre fuese considerado un extranjero lo que complicó su relación con el senado y con el pueblo. Los emperadores de la dinastía leoniana se vieron en la imperiosa necesidad de ordenar la economía del imperio, por lo que tuvieron que adoptar medidas de disciplinamiento fiscal y monetario, y la legislación antimonopolística se enmarca en la idea de intentar expandir la economía con la idea de ampliar la base impositiva. Ya desde el siglo IV se trató, por un lado, de ampliar la actividad comercial para así también aumentar la recaudación, sino, por otro, restringir el pago en oro de lo adquirido fuera del imperio (C.4.63), e incluso se establecieron tribunales con competencia comercial (C.4.63.6). Se puede identificar a lo largo de la dinastía leoniana que la política económica y fiscal estuvo orientada a encauzar y equilibrar las cuentas del estado.

Las crisis económicas y militares de los siglos III y IV habían, por un lado dejado inerte el tesoro, y por el otro, desarticulada la economía del imperio, generando grandes sectores de pobreza por un lado, y erigiendo estructuras económicas monopolísticas por otro al amparo de la corrupción administrativa. La

Roma pujante y con libertad de mercados del siglo II, elogiada por Elio Arístides, había cedido frente a las necesidades de la defensa y las guerras de frontera, las crisis políticas, y el desmanejo económico. Las políticas de saneamiento fiscal y económico emprendidas por los emperadores de la segunda mitad del siglo V fueron, en gran medida, las que posibilitaron la *restauratio imperii* Justiniana, y en este marco corresponde leer la legislación antimonopólica del Código.

La única innovación que presenta la moderna legislación antimonopólica, o de defensa de la competencia, es la inclusión de la figura de la empresa, pero aún esta, no deja de asimilarse, en su esencia básica, a las corporaciones a las que se refiere la legislación romana, desde las XX Tablas, y la ley alfofinsina.

Si comparamos C.4.59.1-2, la ley 2 del título 7 de la Partida 5, y la ley argentina Nº 25.156, podemos apreciar una gran similitud, o familiaridad en cuanto a los actos contemplados como restrictivos o distorsivos de la competencia, ejercer monopolio, o conjurar o pactar los precios o los volúmenes de venta, sea para subir o disminuir los precios de las mercancías, es decir que se ocupan de aspectos estructurales (organizaciones) y dinámicos (conductas) de la competencia. Los aspectos estructurales afectan la manera en la que se organiza el mercado (monopolio – oligopolio), los aspectos dinámicos son actos o conductas que afectan elementos esenciales de la competencia (concertar precios o cantidades de productos demandados u ofrecidos).

En los tres modelos legislativos, el romano, el alfofinsino y el argentino, se contemplan, básicamente los mismos aspectos dinámicos y estructurales distorsivos de la competencia pasibles de sanción, solo diferenciados por el mayor grado de complejidad organizacional de la empresa moderna contemplado en la legislación argentina.

Las acciones concertadas constituyen una centralidad en la normativa comparada “... que nadie se conjure o pacte...” dice el emperador Zenón, pues tal acción es la base de todas las figuras atentatorias de la libre competencia. La conducta concertada se entiende, en las tres legislaciones, como una acción voluntaria restrictiva del comercio de tipo horizontal, es decir se refiere a la manera en que los competidores se relacionan entre sí, y no respecto a sus clientes, a los efectos anticompetitivos.

En los tres esquemas normativos emerge claramente que se definen las conductas reprimidas y dichas normas forman parte de lo que se puede denominar una política de precios en la que el Estado no se desentiende de lo que acontece en los mercados.

En todo caso, en la legislación contemporánea aparece como novedad la figura de “abuso de posición dominante” entendida como la situación en que una persona es, para determinado tipo de producto, la única oferente (monopolio) o demandante (monopsolio) dentro del mercado o cuando, sin ser la única, no está expuesta a la competencia sustancial. Tal idea de posición dominante no trae una novedad sustancial que la aleje de las figuras familiares de las legislaciones históricas mencionadas.

En la ley argentina Nº 25.156, las conductas asimilables a las contenidas en C.4.59.1-2 y la ley 2 del título 7 de la Partida 5, se expresan en los artículos 1, 2, 3 y 4, quizás de modo más detallado, pero conceptualmente idénticos.

Si prestamos atención a algunas de las expresiones de la normativa argentina la familiaridad salta a la vista

Queda prohibido “Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; ... Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos;... Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste;... Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; ... Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;...” (Ley Nº 25.156)

“ Mandamos que nadie se atreva a ejercer monopolio ... que nadie se conjure o pacte, habiendo celebrado reuniones ilícitas para que las especies de los diversos objetos de negociación no se vendan por menos de lo que entre sí se hubiere establecido..... Mas si alguien se hubiere atrevido a ejercer un monopolio.....” (C.4.59.2)

Conclusión

Aunque su interpretación puede ser diversa, los textos son claros, y nos habilitan a afirmar que la legislación antimonopólica y de defensa de la competencia no son una creación de la modernidad, sino que abrevan en la misma legislación romana, receptada en las Partidas y la legislación española. Cada una con sus

particularidades, sus virtudes y deficiencias, pero con rasgos comunes que les imprimen cierto “aire de familia”.

Si bien las nuevas formas de organización empresarial y de control accionario exigen normativas acordes, las conductas humanas se mantienen homogéneas, así básicamente, conjurar o pactar los precios en perjuicio del mercado, captar el mercado en forma monopólica. Cierta trazabilidad conceptual y normativa puede identificarse y seguirse desde nuestros derechos hasta aquel, el propio derecho romano. Mil años de evolución y elaboración jurídica no son en vano.

Bibliografía

Andrés Santos, F. J. (2015). *Roma. Instituciones e ideologías políticas durante la república y el Imperio*. Madrid: tecnos.

Antokoletz, D. (1930). *Tratado de Derecho Romano*. Buenos Aires: El Ateneo.

Baynes, N. H. (1949). *El imperio bizantino*. México: Fondo de Cultura Económica.

Cortés Copete, J. M. (1995). *Elio Arístides. Un sofista griego en el mperio romano*. Madrid.

Grimberg, C., & Svastrong, R. (1984). *Historia Universal* (Vols. 3 - Roma). Buenos Aires: Daimon.

Justiniano. (1889). *Cuerpo de Derecho Civil Romano*. (J. Molinas, Ed.) Barcelona.

Maier, F. G. (1974). *Historia Universal - Bizancio* (Vol. 13). Madrid: Siglo XXI.

Marín, J. A. (1998). El imperio griego de Bizancio. Una aproximación al mundo bizantino y su legado histórico. *Episteme* , 157-171.

Posner, R. A. (2013). *El análisis económico del derecho*. (E. L. Suárez, Trad.) mexico: Fondo de Cultura Económica.

Ribas Alba, J. M. (2009). *Libertad- La Vía Romana Hacia La Democracia*. Granada: Comares.

Rostovtzeff, M. (1937). *Historia Social y Económica Del Imperio Romano* (Vol. II). (L. López Ballesteros, Trad.) Madrid: Espasa Calpe.

Rostovtzeff, M. (1937). *Historia Social Y Económica Del Imperio Romano* (Vol. I). (L. López Bllesteros, Trad.) Madrid: Espasa- Calpe.

Runciman, S. (1942). *La civilización bizantina*. Madrid: Pegaso.

Schulz, F. (2000). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas.

Stein, P. G. (2001). *El Derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Madrid: Siglo Veintiuno De España Editores.

La trascendencia de la fiducia y el fideicomiso romanos frente a la globalización del *trust* anglosajón en el derecho comparado y en la actual legislación Argentina

Monica Villagra

Señala Barrière (ARROYO I AMAYUELAS: 2007:102) que “*el trust surgió para responder a las necesidades más variopintas en la Edad Media y en un sistema jurídico, el inglés, que era de los menos desarrollados, mientras que la fiducia pretende acomodarse a un orden jurídico refinado, que además ya cuenta con numerosas fiducias atípicas (fiducies innommées), esto es, de regímenes particulares que tienen las características de la fiducia, aunque no lleven ese nombre.*”

El Trust, pluriforme y atípico desde una perspectiva romanista, es la figura más paradigmática¹ del *Common Law*, predominando en el ámbito mercantil, y es considerado por muchos como “*uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal*” (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 23), al punto que algunos autores propician que sea incorporado en forma directa. (MATTEI, UGO:2001) Sus rasgos principales radican en que: a- los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*; b- el título sobre los bienes se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*; c- el *trustee* tiene la facultad y la obligación de administrar, gestionar o disponer de los bienes atendiendo a las condiciones del *trust* y a las obligaciones que legalmente se establezcan. d- la transferencia de derechos del *settlor* al *trustee* es definitiva e irrevocable (el *settlor* desaparece una vez constituido, y ni siquiera tiene acción contra el *trustee* por abuso de

1 si bien inicialmente el instituto se originó en la esfera de la transmisión familiar de bienes y, también, se amplió legislativamente a la esfera judicial donde, por medio de los *constructive* o *resulting* trust, que el juez puede decretar como mecanismo de gestión patrimonial. Vg. en Francia, Peugeot recurrió a un *trust* para transferir las deudas mediante títulos que permiten el reembolso. (BARRIERE F. en ARROYO I AMAYUELA: 2007:106)

confianza); e- el *settlor* puede constituirse a sí mismo como *trustee* (en cuyo caso no hay transmisión de bienes, pero sí, separación de patrimonio.; f- en ausencia de designación o de aceptación por parte del *trustee*, el tribunal hace la designación; g- al *trustee* se le reconoce la propiedad “legal”, mientras que al *cestui que use* (= beneficiario) se lo considera propietario en equidad (sin embargo, los derechos del *trustee* distan mucho de nuestro derecho de dominio de raíz romanista, ni del dominio revocable fiduciario, pues no tiene *ius abutendi*, y frente a las obligaciones que se le adjudican y la obligación de rendir cuentas, se acerca más a la figura de un tutor);h- la unidad independiente que forman los bienes transferidos, se afecta a un fin determinado señalado en el *trust deed* (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 23-41).

Como se puede advertir, su esquema bajo los principios más simples y flexibles del *common law* en torno a las personas, la sucesión, los derechos de posesión y propiedad y la mayor discrecionalidad judicial(BUCKLAND:1936), trasvasa el límite entre los actos *inter vivos* y *mortis causa* , que -como veremos- alcanza multiplicidad de propósitos que aún no se obtienen mediante la fiducia latinoamericana que es su institución paralela en los países de raigambre romanista, desarrollada sobre la base de las figuras de la *Fiducia* y el *Fideicommissum* romanos, que perviven a través del nuevo modelo.

El antecedente inmediato del *trust* es el *use* medieval² Pero como este sistema se utilizara también para llevar a cabo sustituciones y transmisiones prohibida por la ley, o bien, para perjudicar a los acreedores, comenzó a tenerse contra él un prejuicio desfavorable, que lo llevó al descrédito.³

2 El *use* era “la transmisión de un bien a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario”, y que habría sido el medio utilizado por los monjes de la Edad Media para poder transferir o adquirir a través de un tercero (*feoffee to use*) los bienes inmuebles de los que estaban impedidos por el *Statute of mortmain* (Estatuto de manos muertas). El *feoffee* destinaba la propiedad para beneficiar a la comunidad, que como beneficiario, recibía el nombre de *cestui que use*, mecanismo que, también, fue utilizado por los caballeros cruzados para transferir a un amigo, al estilo de una fiducia romana, sus bienes para que beneficiara a su familia. RODRIGUEZ AZUERO (2005:16-17)

3 Batiza distingue cuatro etapas en la evolución del *Trust*: a- desde su aparición hasta principios del s. XV, en que se comienzan a dictar algunas normas de protección; b- de esa época, hasta el dictado de la *Statute of uses* en 1535, cuando ya dejan de ser mero compromiso de conciencia, pues el canceller les reconoce derecho de equidad, transmisible por cesión o *mortis causa*, pero que luego la Corona comenzará a dejar sin efecto, reconociendo al *cestui que use* como único y verdadero propietario; c- desde el *Statute* hasta fin del s. XVIII, en que se permiten algunos *uses*, con reconocimiento del *Chancellor*, bajo el nombre de *Trust*: lo disvalioso era el uso de un *feoffor* como testafarro, en actitud pasiva, a uno que tenía un papel activo, como en el *trust*, en cuyo caso era viable; y d- desde fin de

LA FIDUCIA LATINOAMERICANA: A principios de S. XX, en los países centroamericanos de mayor vinculación con los E.E.U.U., se advierte crecientemente la necesidad de admitir inversiones de estos capitales extranjeros para el progreso económico local. Comienza el debate sobre cómo introducir el *Trust* en los países de raigambre romanista, especialmente a raíz de la necesidad de financiación de la construcción de ferrocarriles mejicanos.⁴ El Panameño Ricardo Alfaro, venía ejerciendo influencia doctrinaria al propiciar un criterio pragmático con el cual se pudiera introducir “*una figura exótica, innovadora y de concepción difícil para los no familiarizados con el derecho anglosajón*”, y teniendo en consideración la teoría sobre patrimonio de afectación del francés Pierre Lapaulle”, sentó las bases de la apertura en la América del *Civil Law*, encuadrando al *trust*, bajo el ropaje de la *fiducia* y *fideicomiso* romanos, con su teoría del mandato irrevocable.⁵

s. XVIII a época contemporánea, en que se desarrolla velozmente, y en 1873, la Ley de organización judicial, establece que, en caso de conflicto entre *common law* y *equity law*, , prevalecerá este último. Hacia 1893 se dicta el *Trust Act*, compilación de jurisprudencia, y en 1896, el *Judicial trustee act*, a partir de allí hasta nuestros días, siendo la última el *Trust Act* del año 2000 (RODRIGUEZ AZUERO:2005:19 nota 34)

- 4 Fue autorizada por el gobierno, admitiendo que la operación del *trust*, al que luego llamarían *fideicomiso*, que comprendía un conjunto de contratos típicos: préstamo, mandato, hipoteca. Recién en 1905 es presentado por el lic. Vera Estañol, el Proyecto Limantour (nombre del Secretario de Hacienda), y que habría sido el primer intento mundial de adoptar el *trust* en sistemas de tradición romanista. Pero no llegó a aprobarse. Más adelante, en 1926 se presentaría el Proyecto Vera Estañol, que constituyó un paso importante para su evolución. RODRIGUEZ AZUERO(2005:66)
- 5 Si bien hoy en día, tal doctrina está superada, México, siguiendo a Alfaro, en 1926 definió a la institución como “*un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que se disponga de ellos o de sus productos según la voluntad del que los entregó, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero, llamado fideicomisario*”. Sanciona la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios”, en 1924, que creó los Bancos de Fideicomiso, y en 1926, dictó la Ley de Bancos de Fideicomiso (abrogada en el mismo año, pero incorporado su texto a la Ley Gral. De Instituciones de Crédito y Establecimientos bancarios. En 1932 se sancionó la Ley Gral. De Instituciones de Crédito, en la que precisa que sólo se admite el fideicomiso expreso, dejando de lado el *implied trust*, y consagró aquella teoría del patrimonio de afectación de Lepaulle. Se prohibieron: a- los fideicomisos secretos; 2- las sustituciones fideicomisarias, salvo a favor de personas que vivan a la muerte del fideicomitente, 3-los que duren más de 30 años si el beneficiario es persona jurídica que no sea entidad de beneficencia u orden público (con excepción de mantenimiento de museos científicos o artísticos). Luego se dictó en 1941 la Ley Gral de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941 (abrogó la de instituciones de crédito de 1932), y todo este articulado, conjuntamente con el Código de Comercio, regulan y reglamentan el fideicomiso, así como las reglas de ejecución de los fideicomisos en garantía. RODRIGUEZ AZUERO (2005:68-71)

Bajo esta doctrina y la ley mexicana consecuente, se inicia el largo camino en que se gestará la Fiducia o Fideicomiso como modelo latinoamericano, pero la institución cobrará vida en los distintos países con modalidades propias, con variantes que abarcan desde lo meramente terminológico hasta, en algunos casos, lo sustancial, sin embargo se proyectan conjuntamente como un tipo de fiducia: la latinoamericana.

Pese a que la *Fiducia* y el *Fideicomiso* romanos fueron dos instituciones bien diferenciadas en cuanto a origen, ámbito de aplicación y tratamiento sustancial y procesal, al ser reactualizadas para insertarse en la vida jurídica actual, terminaron fusionándose, con un uso generalmente indistinto de ambos vocablos, lo que sirvió para poder receptar en sus dos vertientes: *inter vivos* y *mortis causa* las posibilidades de la figura anglosajona.

Es por ello que, en la mayoría de los países de Latinoamérica, vemos utilizado “*Fideicomiso*”, en forma unívoca, aludiendo a ambas vías de constitución posibles: tal es el caso de Venezuela⁶, Uruguay⁷, El Salvador⁸, Perú⁹, Panamá¹⁰, México¹¹, Honduras¹², Guatemala¹³, Costa Rica¹⁴, Chile¹⁵, Bolivia¹⁶ o Argentina¹⁷. Ecuador¹⁸ le agrega al Fideicomiso el epíteto “mercantil” (L.M.V.-1998), en

6 Ley de Fideicomiso 1956 (Ley de Bancos 2001 y Resolución 179-00 Superintendencia de Bancos y Otras instituciones Financieras.

7 Ley 17703/03 (Ley 15322/1982 – Dec. 516/2003)

8 Cod. De Com. Dec. Legislat. 671/1970- Ley de Bancos Dec. Legislat., 697/99

9 Ley 26702 Res. SBS 1010/99 y 0084-00

10 Ley 1/1984 (5-1-84) Dec. Ejecut. 16(3-10-84), y 116 (26-12-95)

11 Ley de Instituciones de Crédito – Ley gral de Título y Operaciones de Crédito cap. V – Cod. Comercio.

12 Cód. comercio. Ley de Instituciones del Sistema Financiero (dec. 170/85) Res. 199/00 y 419/99

13 Dec. 2/70, 19/2002, 67/2001 y antec. Res. JM- 223-2002 y 100/02

14 Cod. Comercio – Ley Orgánica del sistema bancario 1644/53

15 DFL 1/97, C. CIVIL, Ley 16.271/65

16 Cod. Comercio de Bolivia, Cod. Tributario. Normas para Bancos y Entidades financieras, Ley 2297/2001

17 Cód. Civ. y Com. De la Nac. Arg. (en vigencia desde 1-8-2015- Anteriormente regulado por Ley 24.441)

18 Ley de Mercado de Valores 107 RO 367, Reglamento Gral Dec. Ejec. 390 RO/887, Ley gral de Instituciones del Sistema Financiero, y Reglamento a Ley Gral de Instituciones del Sistema Financiero – Dec. Ejec. 1852 RO/475

tanto en Colombia¹⁹ tiene un esquema dual: Fideicomiso civil/Fiducia Mercantil, regulados: uno por el Código Civil y la otra por el de Comercio, siendo semejante el caso de Ecuador y Paraguay²⁰ que distinguen dentro del género de “*Negocio fiduciario*”: por un lado, el Fideicomiso (Paraguay) Mercantil (Ecuador), sólo si transfiere la propiedad de los bienes fideicomitidos; por el otro, el encargo fiduciario, cuando hay mera entrega de bienes, añadiendo Ecuador, al igual que Colombia que, en tal caso, se rige bajo las normas relativas al mandato. Otros países como Cuba²¹ no le conceden autonomía, pero lo tienen integrado dentro la órbita del Mandato: realizar un acto jurídico o gestionar su realización en interés de otra: en su caso, “operaciones de Fideicomiso (Trust)”. Brasil ²², sólo alude a la “*constitución de propiedad fiduciaria*” a consecuencia de la “*enajenación fiduciaria*”. Por su parte, Chile, República Dominicana y Nicaragua, son países latinoamericanos hispanohablantes que no han seguido un modelo de fideicomiso o fiducia mercantil (RODRIGUEZ AZUERO: 2005: 82), aunque Chile dentro del género de “*comisión de fianza*”, permitidas a los bancos, incluye la “*administración de bienes en fideicomiso*” como una especie.

LA PROPUESTA DE LA CONVENCIÓN DE LA HAYA: Esta evidente disparidad normativa, doctrinaria y jurisprudencial, llevó a que la Convención de la Haya promoviera en 1985 el reconocimiento, de la “*Ley aplicable al Trust Internacional*” como norma de Derecho Internacional Privado, aunque sin pretender imponer una categoría de *Trust* en el derecho interno de los estados firmantes, sino sólo aconsejar su aceptación y la de todas las figuras análogas que existieren en cada Estado. Traza al efecto, un perfil con sus elementos esenciales y características (RODRIGUEZ AZUERO:2005: 96): 1-relación jurídica *inter vivos* o *mortis causa*, mediante la cual un constituyente coloca bienes bajo el control de un *trustee*, ya sea en el interés de un beneficiario, ya sea para una finalidad determinada; 2.-formación de una masa distinta con los bienes encomendados, independiente del patrimonio del *trustee*, quien es titular frente a

19 Cod. Comercio, Circular Básica Jurídica (CBJ), Estatuto Orgánico del Sistema financiero.

20 Ley 921 /1996

21 Ley 59 – D.L. 173 y 172

22 C. Civil Ley 10406/02, Ley 4728 de Mercado de Capitales, Dec. 911/69, Ley 9514/97, Ley 6404/76 y Ley 8668/93.

terceros y tiene facultades administrativas y dispositivas amplias, debiendo dar cuenta de su utilización.²³

El Convenio de la Haya recién entró en vigencia en 1992, y si bien no fue ratificado por la República Argentina, ésta dictó la Ley 24.441, promulgada el 5-1-1995, y a partir de allí, paulatinamente, su utilización fue *in crescendo* para convertirse en una fuente inagotable para cumplir los fines más diversos, una experiencia fructífera por lo que ha sido ya incorporado en forma expresa al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el L.III, Tit. IV, Cap. 30 a partir del art. 1666.

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA FIGURA LATINOAMERICANA²⁴: Una primera aproximación, nos lleva a extraer de los conceptos y definiciones del articulado de cada país, lo atinente a la naturaleza jurídica que se le reconoce en ellos al Fideicomiso o Fiducia, observando que prevalece la noción de “negocio o acto jurídico”²⁵, comprendiendo, en general, tanto actos

23 Subsume, así, no sólo al *Trust*, sino también a la *Fiducia Latinoamericana* y *Fideicomiso Mexicano*, que ya funcionaba desde principio del siglo, así como al *Threuhand* alemán, o al *Bewind* de los Países Bajos. El *Threuhand*, ya había sido consolidado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, permitiendo dos modalidades semejantes a la *fiducia romana*, *cum amico*, y *cum creditore*, con una abundante casuística: a-fiducia gestión, para administrar: patrimonios privados, de asociaciones y fundaciones sin personería, Derechos de propiedad artística, literaria o industrial., empresas comerciales o industriales, acciones de personal de ciertas sociedades, operaciones de factoring, fondos de inversión inmobiliaria, etc.; b- fiducia seguridad sobre distintos tipos de bienes muebles, créditos (actuales o futuros), títulos hipotecarios, etc.. Según refiere Márquez, en la fiducia germánica, el fiduciario (*treuhander*) tiene limitaciones en el derecho de los bienes, que están determinadas por la finalidad perseguida, configurándose como patrimonio de afectación. El fiduciario es propietario formal o legal; la propiedad o el derecho de crédito material corresponde al fiduciante. Por su parte, los Países Bajos mantienen la vigencia del *Bewind* con usos similares, pero limitada a algunos negocios familiares. El constituyente (*Bewindorder*) cumple función de agente del beneficiario, con poderes exclusivos de administración y disposición de bienes, pero no son de su propiedad. Se utilizó este instituto sin mayores problemas, aceptado jurisprudencial y doctrinariamente, solicitándose la incorporación directa de la misma al Código Civil holandés, pese a lo cual, no fue sancionada y se rechazó su incorporación, dejando bien en claro el legislador que la figura no era válida, no obstante lo cual sigue, de hecho, en vigencia (MARQUEZ :2006:17; RODRIGUEZ AZUERO:2005: 98)

24 Elaboramos este estudio comparativo sobre la base de la Legislación Americana contenida en CD de RODRIGUEZ AZUERO: 2005:665

25 Considerada: “relación jurídica” (Venezuela, Perú); “negocio jurídico” (Uruguay, Honduras, Colombia en Cod. Com.); “acto jurídico” (Panamá), y, por deducción de “contrato” o, en su caso, “testamento”, ambas formas de constitución del Fideicomiso, “actos jurídicos” según la terminología de nuestro antiguo Cod. Civ. y actual Cód. Civ. y Com. (Argentina). En el caso de CBJ de Colombia, sería un “negocio fiduciario” (género) con “transferencia de propiedad” (especie); de igual naturaleza jurídica se

inter vivos o *mortis causa*,²⁶ a cuyo respecto, las más flexibles son las legislaciones de Panamá y El Salvador²⁷

En cuanto al carácter de la entrega de los bienes, el régimen no es uniforme: algunos países reconocen la propiedad fiduciaria, con todos los atributos del dominio²⁸; otros, una limitada y restringida a los fines específicamente perseguidos²⁹, y algunas directamente niegan la propiedad y reconocen sólo la administración con las facultades necesarias para ejercerla.

considera en Paraguay y Ecuador. En Chile “*comisión de confianza*”, y en Brasil, “*negocio jurídico de enajenación fiduciaria*”. La que se aparta del canon, es la de El Salvador, que lo considera como una “*declaración de voluntad*” por la que el fideicomitente transmite el usufructo, uso o habitación, en todo o parte o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario (art. 1233 Cod. Com). En tanto, reiteramos, en Cuba es un tipo de encargo dentro del contrato de mandato, lo que asemeja a la primera noción mejicana que lo consideraba como “*mandato irrevocable*”.

- 26 Venezuela, Honduras, Costa Rica, Uruguay, Paraguay, Colombia, Bolivia, Argentina, Guatemala
- 27 Permiten: 1-entre vivos, por instrumento público o privado y para producir efecto después de la muerte del fideicomitente: por testamento, o por medio de instrumento privado, sin formalidades, si el fiduciario es persona autorizada para ejercer el negocio de fideicomiso (Panamá) y 2- una triple clasificación: entre vivos: escritura pública; mortis causa: en testamento; y, mixto: comienza en vida y se continúa durante la muerte pero debe confirmarse en el testamento (se considera como entre vivos, respecto a los efectos que deben producirse en vida del fideicomitente). (El Salvador).
- 28 De este modo, encontramos, según el caso, que el constituyente (fiduciante o fideicomitente según terminología de cada legislación) transmite (o transfiere) al fiduciario: *uno o más bienes* (Bolivia); *la propiedad de bienes o derechos* (Costa Rica); *uno o más bienes especificados* (Colombia); *la propiedad de bienes (muebles o inmuebles, corporales o incorpóreas, que existen o se espera que existan) de manera temporal e irrevocable* (Ecuador); *la propiedad o titularidad de uno o más bienes o derechos* (Méjico); *la propiedad de los bienes entregados* (Paraguay); bienes (Argentina, Venezuela – Perú, Panamá). Uruguay, una de las legislaciones más recientes que mejoró en su momento su paradigma argentino, refiere a la constitución de propiedad fiduciaria de un *conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales*, transmitidos por el fideicomitente al fiduciario. Brasil, que no tiene una Ley específica de Fideicomiso, pero contempla su posibilidad en normas aisladas para muebles fungibles, inmuebles, acciones, fondos de inversión, securitización, refiere a la propiedad fiduciaria como *la propiedad resoluble de cosa mueble fungible que el deudor transfiere como garantía al acreedor*. (art. 1361 C.C.) o de *inmuebles* (Ley 9514), mediante enajenación fiduciaria en garantía por la cual se da el desdoblamiento de la posesión, pues mientras transfiere al acreedor el dominio resoluble y la posesión indirecta de la cosa mueble enajenada, independientemente de la tradición efectiva del bien, transforma al enajenante o deudor en poseedor directo y depositario con responsabilidades y encargos que le incumben de acuerdo a ley civil y penal.
- 29 Así lo expresan: *bienes o derechos, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas del fideicomitente en el instrumento de constitución* (El Salvador); *ciertos bienes y derechos, afectándolos a fines determinados y el fiduciario los recibe con limitación de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para cumplir los fines* (Guatemala); *bienes para constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto a dominio fiduciario, derecho de carácter temporal que da al fiduciario solo las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicomitado para el cumplimiento del fin o fines , con la limitación del acto*

Aclarando específicamente el alcance de la transferencia o transmisión, ciertos países resaltan que la transmisión está condicionada a las instrucciones precisas acorde a los fines del fideicomiso existiendo, en algunos países, normas muy específicas que ponen límites a la actividad del fiduciario³⁰ o que restringen la afectación de los bienes al fin perseguido³¹. La elasticidad y versatilidad del negocio fiduciario es tal, que algunas legislaciones contemplan una norma genérica³²

Para abordar específicamente el tema del Patrimonio Fideicomitido, considerado en sí mismo, nos resulta apropiado tener en cuenta los distintos modelos posibles, según enseña Cámara Lapuente, como puede estructurarse el Fideicomiso: a- dos propiedades distintas sobre los mismos bienes (modelo del *trust* anglosajón); b- propiedad al fiduciario y derechos personales al beneficiario para la defensa de sus derechos (*fiducia romana*); c- propiedad del fiduciante y legitimación del fiduciario (*theuhand*); d- propiedad del beneficiario y pura administración del fiduciario, pero sin transmitirle propiedad (*bewind*); e- personalidad jurídica al fideicomiso; f- patrimonio de afectación, sin propietario: (CCQ), y g- patrimonio separado, propiedad del fiduciario (*fiducia legal*). Este último sistema es

constitutivo (Perú); bienes para que los administre o disponga a favor de fideicomisario o beneficiario, con todas las acciones y derechos inherentes al dominio, pero sujeto a los fines del fideicomiso, condiciones y obligaciones que impongan la ley y el instrumento (Panamá). Esta limitación está presente en Honduras, que sin aludir a transferencia o transmisión, refiere a “atribución de titularidad dominical” y que, aclara, implica cesión de derechos o traslación de dominio de ciertos bienes a favor del fiduciario, con limitación, de carácter obligatorio, de realizar sólo aquellos actos exigidos para el cumplimiento del fin.

- 30 Vg: ejercer las facultades dominicales sobre los bienes y derechos en función del fin que deba realizar y no en interés del fiduciario (Honduras); o que se obliga a administrar o enajenar los bienes para cumplir una finalidad determinada en provecho del fiduciante o de un tercero-beneficiario (Bolivia); emplear los bienes para la realización de fines lícitos y predeterminados en acto constitutivo (Costa Rica); utilizar los bienes a favor de fideicomitente o tercero beneficiario (Venezuela); administrar o enajenar para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste, o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario (Colombia); cumplir finalidades específicas instituidas (Ecuador).
- 31 Respecto a los bienes, algunas normas prevén expresamente que quedan afectos al fin a que se destinan y sólo pueden ejercitarse derechos y acciones que se refieran a ese fin, salvo las que reserve el fideicomitente expresamente, que deriven del fideicomiso, o los adquiridos legalmente con anterioridad a la constitución por el fideicomisario o terceros. (México, Salvador, Honduras); los dineros sobre comisiones de confianza o que provengan de ellas serán invertidos de acuerdo a las instrucciones recibidas (Chile). Perú dispone que el patrimonio fideicomitido queda afecto al cumplimiento de un fin específico a favor de fideicomitente o tercero (fideicomisario).
- 32 Cualquier fin que no contravenga la moral, leyes u orden público (Panamá); destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la institución fiduciaria (México = Honduras), y, con la mayor amplitud, puede constituirse para servir todas las finalidades imaginables como actividades jurídicas, siempre que sean lícitas y determinadas (Honduras).

el seguido por las legislaciones latinoamericanas y por la Convención de la Haya (MARQUEZ: 2008: 20-22) Un caso típico del modelo relacionado al punto e-, es el de Ecuador³³, que es el único país latinoamericano que reconoce la *personalidad jurídica* del Fideicomiso y que coloca a la fiduciaria como representante legal del Fideicomiso, reconocido expresamente como patrimonio autónomo con personalidad jurídica, constituyéndose así en la postura más amplia de Latinoamérica³⁴. Sin embargo, esta postura amplia, no es la seguida por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, que se enrolan por lo general en el último de los tipos propuestos: fiducia legal. Algunos países refieren a “*un patrimonio autónomo*” o “*separado*”³⁵ de los de *fiduciario* y *fiduciante*, o, en su caso, *fideicomitente*, o bien, de un “*patrimonio de afectación*”³⁶. Corolario de tales disposiciones, según la normativa más generalizada entre todos los países, es que los bienes del patrimonio fideicomitado (o los que los sustituyan) quedan exentos de la acción de todo acreedor

33 Así dispone Ecuador que su Fideicomiso Mercantil es un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, integrado por: bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes transferidos o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente, esto es, postulándolo como conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, pero que no es sociedad civil o mercantil, sino una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario (Ecuador)

34 Es la postura más cercana a los postulados del Código Civil de Québec, que considera a la Fiducia como patrimonio de afectación autónomo y distinto del constituyente, fiduciario o beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene derecho real.

35 Así se tiene como: *un patrimonio autónomo* (Bolivia); *un patrimonio autónomo* distinto de los individuales del constituyente, fiduciario y beneficiario, y de otros fideicomisos mercantiles del mismo fiduciario (Ecuador); *un patrimonio fideicomitado distinto* al del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes (Perú); *un patrimonio autónomo apartado* para los propósitos del fideicomiso (Costa Rica); *un patrimonio separado de los personales del fiduciario* (Panamá) *un patrimonio separado de los del fiduciario y del fiduciante* (Argentina) El Salvador también dispone que, respecto a los bienes afectados al fin a que se destinan, los Bancos deben garantizar la completa separación de patrimonios (contabilidad separada). En Paraguay, frente a la distinción entre Fideicomiso y encargo fiduciario, resalta que, en el primero, hay un patrimonio autónomo o especial, afectado al cumplimiento de la finalidad señalada por el fideicomitente en el acto constitutivo, mientras que el segundo, no da lugar a formación de tal, pero los bienes deben destinarse al cumplimiento de la finalidad señalada en la constitución, por lo cual rige en ambos el principio de la Autonomía de los bienes, mediante separación económica y contable.

36 Vg. *un patrimonio de afectación, separado e independiente de los patrimonios de fideicomitente, fiduciario y beneficiario* (Uruguay) *afecto a la finalidad contemplada* y deben mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de otros negocios fiduciarios (Colombia);

que no lo sea del fideicomiso.³⁷ Por ello, algunas legislaciones contemplan normas específicas respecto de los acreedores³⁸

Respecto a quiénes pueden ser designados como fiduciarios, la mayoría toman un criterio restrictivo, requiriendo un fiduciario profesional, especialmente, instituciones bancarias o personas jurídicas autorizadas a ejercer encargos fiduciarios. Pocos países toman la postura amplia de la República Argentina³⁹,

37 Vg.: *no pertenecen a la prenda común de los acreedores del fiduciario* (Venezuela, Paraguay); *ni a la masa de su liquidación y sólo garantizan las obligaciones contraídas por el fiduciario en cumplimiento de la finalidad* (exige que el fiduciario exprese siempre la calidad en que actúa y no pueden ser perseguidos judicialmente por los acreedores del fideicomitente, salvo impugnación por fraude de terceros (Paraguay)); *sólo responden por obligaciones derivadas del fideicomiso o su realización* (Venezuela); *no pueden ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones o daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso, o por terceros cuando se han traspasado o retenido los bienes con fraude y en su perjuicio* (Panamá); *están exentos de la acción singular o colectiva de acreedores del fiduciario, ni pueden agredirlo los acreedores del fiduciante, salvo acción de fraude.* (Argentina); *no forman parte de garantía general con relación a los acreedores del fiduciario* (Bolivia, Colombia) y *sólo garantizan obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida, no pudiendo ser perseguidos por acreedores del fiduciante, salvo que sus créditos sean anteriores a la constitución* (Colombia); *sólo garantizan obligaciones derivadas del fideicomiso o su ejecución* (Bolivia); *garantizan las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para las finalidades previstas y pueden ser embargados y objeto de precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso.* (Ecuador); *están exentos de acción singular o colectiva de acreedores del fiduciario, y los acreedores del fideicomitente sólo tienen acción por fraude* (Uruguay). El límite de la acción por fraude está prevista en otras legislaciones: *el negocio fiduciario celebrado en fraude puede ser impugnado por los interesados.* (Colombia) *por cualquier perjudicado.* (Bolivia) Una norma que encontramos sólo en Guatemala, dispone que el patrimonio fideicomitado solo responde: por obligaciones que se refieren al fin del fideicomiso; de los derechos reservados por el fideicomitente; de los derechos que para el fideicomitente se deriven del fideicomiso; de los derechos adquiridos legalmente por terceros, incluso, fiscales, laborales o de cualquier índole; de derechos adquiridos por el fideicomisario antes o durante la vigencia del fideicomiso (Guatemala).

38 Respecto de los acreedores del beneficiario: *solo pueden perseguir los rendimientos que le reporten los bienes* (Colombia, Paraguay, Bolivia), *siempre que sean anteriores a la constitución del fideicomiso* (agrega Bolivia); *sólo podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste correspondan según contrato* (Ecuador); *los acreedores del beneficiario, pueden ejercer los derechos sobre los frutos de los bienes y subrogarse en sus derechos.* (Argentina); *en fideicomiso por acto entre vivos, sólo pueden perseguir los frutos de los bienes fideicomitados, pudiendo subrogarse en sus derechos* (Uruguay); *puede anotarse sobre los bienes para gozar de preferencia al extinguirse el fideicomiso y, en caso de bienes no registrables, el fiduciario extiende constancia de enterado para tenerlo presente al momento de liquidación.* (Guatemala).

39 Nuestro país se había colocado a la vanguardia, y fue en ello seguido por la novel legislación uruguaya, al punto que el Proyecto de Reforma del Código Civil Francés del Senador Marini (2005), se contemplaba la posibilidad. No obstante ello, la restricción tradicional primó en Francia, y la *Fiducie* incorporada a aquél Código Civil, en Febrero de 2007, por aprobación del Proyecto, fue vetada en ese punto, y se postuló dentro de los parámetros de profesionalidad, agregándose la novedad del Registro de Fiduciarios, bajo el modelo uruguayo.

que permite el desempeño como fiduciario tanto de personas físicas como jurídicas, sin requerir la profesionalidad, salvo para supuestos especiales, v.g. los Fideicomisos Financieros.⁴⁰ La mayoría se vuelca por un fiduciario que debe pedir autorización expresa para funcionar, la cual es concedida o bien por la ley bancaria o financiera, o por el organismo de control dispuesto en cada país: sean los Bancos Centrales, las Superintendencias, Juntas, etc., y puede ser suspendida o cancelada la licencia, por los motivos particulares que en cada país se dispone, estando, como expresa la ley ecuatoriana, sujetas a las normas de solvencia y prudencia financiera y de control previstas en la ley. Esto revela que las posibilidades de conducirse como un *trustee*, son, en el modelo genérico latinoamericano, más restringidas y profesionalizadas que en su par anglosajón. La mayor flexibilidad, la hallamos en aquellos pocos países que, como el nuestro, aceptan la participación de fiduciarios físicos y particulares, obligando a registrarse en algún:os casos (Uruguay) o a registrar los fideicomisos (Argentina).

Una regulación específica en algunos países, pero generalizada en la tipología doctrinaria de la Fiducia latinoamericana, es la imposibilidad de que se reúnan en una misma persona el carácter de fideicomitente y fiduciario⁴¹, beneficiario y fiduciario, o fideicomisario y fiduciario, según se distinga o no entre aquellas últimas calidades (beneficiario-fideicomisario).⁴² Brasil, tiene una disposición

40 *Postura amplia: Personas físicas (naturales) o jurídicas* (Argentina, Uruguay, Panamá, Costa Rica). Con ciertas limitaciones, según cada legislación *Postura restringida - Personas Jurídicas profesionales*: (Bolivia, Chile, Guatemala, Colombia, Honduras, Cuba, México, Venezuela, Ecuador, Perú, El Salvador y Paraguay, exigiendo cada país diferentes requisitos, aunque siempre estas personas jurídicas están bajo algún tipo de control estatal.

41 Por el contrario, bajo el parámetro del Trust, el *settlor*, puede constituirse en *cestui que use*, como así también en propio *trustee*, sin que ello invalide el acto, pero para ello, siguiendo el parámetro de la ley canadiense citada, se dispone una limitación: en tales condiciones, no ser fiduciario único: el constituyente o el beneficiario puede ser fiduciario, pero debe obrar conjuntamente con un fiduciario que no sea ni constituyente ni beneficiario. (Quebec) Panamá, por su parte, admite que en ciertos casos un fiduciante sea fiduciario, asemejándose a la posibilidad del *settlor-trustee*, pero sólo que si son entidades de derecho público, pues autoriza que retengan bienes propios en fideicomiso y actúen como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta ley.

42 Así se dispone: *el fiduciario jamás puede ser fideicomisario* (Honduras); *el fiduciario nunca puede ser fideicomisario* (Guatemala); *el fiduciario no puede ser fideicomitente ni beneficiario* (Paraguay); *no puede reunir la misma persona carácter de fiduciario y beneficiario; si sucediera, no puede ser acreedor de los beneficios mientras subsista la confusión y es nula la estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del fideicomiso el dominio de los bienes* (Bolivia); *el fiduciario no puede ser fideicomisario* (Argentina, Costa Rica, Salvador), y *si llega a coincidir tales calidades, el fiduciario no*

más permisiva, ya que si bien declara nula la cláusula que autoriza al propietario fiduciario a quedarse con la cosa enajenada en garantía si la deuda no es paga en el vencimiento, lo cual impide al fiduciario-acreedor ser fideicomisario del contrato, permite que, después del vencimiento de la deuda, el deudor de su derecho eventual a la cosa en pago de la deuda con la anuencia del acreedor.

Tampoco existe en Latinoamérica uniformidad en cuanto a los plazos, hay posturas amplias, 80 años, o incluso más (Ecuador) y posturas más restringidas que lo establecen en 20, 25 o 30 años, salvo circunstancias excepcionales en que autorizan una mayor.⁴³ Además del plazo máximo, se prevén causas de extinción, por causales que pueden surgir del acto constitutivo o de la ley. Las causales más comunes son cumplimiento de término o condición resolutoria; haber completado el fin de la afectación; resultar imposible o no cumplirse la

podrá recibir los beneficios del fideicomiso mientras la coincidencia subsista (Costa Rica); el fiduciario no puede ser beneficiario. (Venezuela)

- 43 20 años: Méjico, Colombia. Este último prevé la excepción de los fideicomisos constituidos en favor de incapaces y entidades de beneficencia pública o utilidad común; 25 años: Guatemala, *salvo si el fideicomisario es una entidad estatal, de asistencia social, cultural, científica o artística con fines no lucrativos, o un incapaz o enfermo incurable, en cuyo caso el plazo puede ser indefinido* (Guatemala); con excepción de los fideicomisos a favor de Estado, municipio, entidad pública, instituciones de beneficencia o cultura o de los legalmente incapaces, en que pueden ser sin plazo y continuar mientras los fines lo justifiquen (Salvador, en donde se agrega una regla para el caso de fideicomiso sujeto a condición suspensiva: si la condición no puede cumplirse antes de 25 años, se tiene por cumplida desde aceptación del fiduciario; si puede realizarse antes o después de 25 años, y vencido el plazo máximo no se verifica, no hay fideicomiso); 30 años Venezuela, Uruguay, Bolivia, Perú, Costa Rica, Paraguay, quedando *prohibidos los fideicomisos que superen dicho plazo cuando se designe como beneficiaria a una persona jurídica que no sea de orden público o institución de beneficencia* (Honduras); *excepto que el beneficiario fuere un incapaz o persona de capacidad restringida*, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de su incapacidad o de la restricción de su capacidad (Argentina); *salvo que el beneficiario sea una institución de asistencia, científica, cultural o técnica, con fines no lucrativos*. (Bolivia); *excepto* : a- *el fideicomiso vitalicio en beneficio de fideicomisarios determinados que han nacido o están concebidos al constituirse el fideicomiso, hasta la muerte del último de los fideicomisarios*. B- *el fideicomiso cultural (establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido, subsistiendo mientras sea factible cumplir el propósito*. C- *en casos especiales autorizados por la superintendencia en que sea necesario extender el plazo máximo para no perjudicar intereses de terceros* (Perú); *sólo cuando es a favor de persona jurídica* (Venezuela); prohibido cuando se designe como fideicomisario a una persona jurídica, *salvo si éste fuere estatal o una institución de beneficencia, científica, cultural o artística, constituida con fines no lucrativos* (Costa Rica). El plazo amplísimo de 80 años, lo tiene Ecuador, pues prevé que lo sea hasta el cumplimiento de la finalidad o de la condición, no pudiendo superar los 80 años, *salvo si la condición resolutoria es la disolución de la persona jurídica; si es para fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos (museos, bibliotecas, institutos de investigación científica, difusión de cultura, alivio de interdictos, huérfanos, ancianos, minusválidos y menesterosos, en los que dura mientras se pueda cumplir el propósito*. (Ecuador).

condición suspensiva; ausencia de fiduciario e imposibilidad de sustituirlo; revocación por parte del constituyente, si se reservó ese derecho; resolución por mutuo acuerdo de fiduciante y fiduciario o de fiduciante y fideicomisario, dejando a salvo los derechos de terceros.

Existen muchos otros parámetros para cotejo, que *brevitatis causa* ante la limitación de extensión de una ponencia no podemos incluir, pero que han sido objeto de investigación oportuna, como ser, lo atinente a las normas que establecen la responsabilidad del fiduciario, la inexistencia, nulidad o anulabilidad del fideicomiso, sobre todo respecto a la temida sustitución fideicomisaria; o las sanciones ante el fideicomiso constituido en fraude de terceros o acreedores; o las sanciones penales que pudiere ello acarrear como el previsto en C.P. De Argentina, Venezuela o Panamá. Cada país contempla prohibiciones especiales, de lo cual también puede, por vía de aplicación de las normas de fondo, derivar ya en inexistencia o nulidad del fideicomiso, sea en su constitución o en su ejecución por el fiduciario.

Habiendo analizado someramente cómo está configurada la figura latinoamericana en la actualidad, nos preguntamos: ¿es válido afirmar que el Fideicomiso/Fiducia latinoamericana es heredera legítima de la fiducia y del fideicomiso romanos clásicos?

El reconocimiento jurisprudencial de la doble vertiente romana y anglosajona: Encontramos dos fallos emblemáticos de la C.S. de Colombia que ponderan su origen romanístico, haciendo hincapié en el valor de la *fides* que subyace a la *fiducia*:

A.- En el de la Sala de Casación Civil con fecha 14 de febrero de 2006 (expte. 05001-3103-010-1999-1000-01) se resalta que, en su país, funcionan dos fideicomisos diferenciados: a) el del Código civil, denominado propiedad fiduciaria; b) el del Código de Comercio, o fiducia mercantil. “Esta última tiene origen en el derecho anglosajón a diferencia de la mayoría de los contratos inscritos a los derechos romano-francés y romano-germánico, pues reconoce que: a) desde una óptica etiológica es fundamentalmente la expresión del denominado “trust” angloamericano ... y así surge en la exposición de motivos de la Comisión redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958, antecedente inmediato del Código reconoce que “se trata del fideicomiso angloamericano o trust, “al estilo de El Salvador, México o Puerto Rico.”; b- genera un doble tipo de propiedad sobre el bien fideicomitado: a) una propiedad legal o formal, radicada en el

“trustee”; y b) una propiedad equitativa o material, radicada en el beneficiario; y esta bifurcación del derecho real aludido pugna o rivaliza abiertamente con el concepto absoluto y unitario que consagra el Código Civil en torno al dominio (art. 669)”; sin embargo, reconoce también que el concepto de fiducia –*lato sensu*–, específicamente en la modalidad de fiducia en garantía no es completamente extraño al derecho romano, pues existía la propiedad fiduciaria bajo dos tipos de *fiducia cum amico contractus* y *cum creditore contractus*. A) *cum amico*, mediante el cual se transmitía la propiedad sobre una cosa determinada a una persona de confianza, con la finalidad exclusiva de que fuera usada o custodiada y después devuelta al *accipiens*. B) *cum creditore*, con la cual se garantizaba el pago de una obligación mediante la transferencia al acreedor de la potestad dominical sobre una cosa: a) únicamente se retornaría al deudor si pagaba la deuda en la oportunidad prevista; b) caso contrario, el *creditor fiduciarius* satisfacía su derecho de crédito a través de la *res fiduciae data*, según lo convenido; c) tiene innegable similitud finalística con *pignus* que en sus orígenes, requería: i) tenencia del bien pignorado por parte del acreedor; ii) usualmente se aparejaba el pacto comisorio por una estipulación previendo la facultad para aquel de apropiarse de la cosa preñada, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Con respecto a la Fiducia en Garantía ha expresado, de esta manera, que: “el fideicomitente transfiere al fiduciario uno o más bienes, muebles o inmuebles, para que respalden una o varias obligaciones, de forma tal que, en caso de incumplimiento, el fiduciario proceda a la enajenación de los mismos y a pagar correlativamente a los respectivos acreedores, en tanto beneficiarios de la fiducia”, reconociendo que tiene propia y singular fisonomía y arquitectura y no puede ser confundida con otras instituciones, como el mandato, la estipulación para otro, o incluso el encargo fiduciario (Sent. de noviembre de 2005; exp.: 03132-01) y puede ser delineado con libertad por el fideicomitente siendo los únicos límites que tiene, los impuestos por la Constitución, la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 16 y 1524 inc. 2 C.C. Colombiano).

La misma Sala Civil en sentencia dictada el 30-7-2008, en expediente No. 11001-3103-0361999-01458-01 agrega que “La expresión fiducia (*fidutia*, *confianza*), tener fe (*fides*), ser fiel (*fidus*, *fiel*), estar a la palabra (*fit quod dicitur*), en un significado genérico describe el acto concluido por la confianza depositada intuitu personae en grado mayor al cotidiano y, en otro sentido más técnico, designa a la atribución de un derecho con un fin fiduciario específico en interés de otro...La

construcción doctrinaria del negocio fiduciario, data de la pandectística alemana, atribuyéndose su nomen a Ferdinand Regelsberger”.⁴⁴

Este reconocimiento jurisprudencial que honra las raíces romanísticas de nuestra actual Fiducia nos permite apreciar la vigencia, durante más de 2700 años de evolución, de una institución romana cuyo origen se remonta a los tiempos más remotos, aun cuando, reconocemos que la Sentencia ha omitido una cuestión fundamental en la transición hacia la equiparación con el Trust: la fusión operada con otra vertiente, la del *Fideicommissum*. Analicemos, entonces, ambas instituciones romanas desde una sobre perspectiva sincrónica y diacrónica.

LA FIDUCIA ROMANA ARCAICA: Existe cierto consenso en considerar que la *fiducia* fue la primera en el tiempo y que de ella surgirían la *Fideipromissio* y luego la *Fideiussio*, unificadas como fianza, y, en el orden *mortis causa*, el *Fideicommissum* como posible evolución del *testamentum per aes et libram*, uno de las más antiguas figuras fiduciarias. Pero, la gran diferencia apreciable entre ambos, es que la vía de reconocimiento jurídico tomó rumbos distintos: mientras la *fiducia* fue acompañada del *pactum fiduciae*, adquiriendo paulatinamente

44 Finalmente, dicha Corte ha postulado respecto a la de Garantía que: 1.-“los bienes conforman un patrimonio autónomo que se constituye con el único propósito de garantizar el cumplimiento de un deber de prestación (art. 1233 C. de Co.) por lo que salen del haber del fiduciante –las más de las veces el deudor-, para pasar al dominio –sólo formal o especial- del fiduciario quien a la manera de un tercero frente a la obligación garantizada y en el evento de incumplimiento de la misma, deberá enajenar los bienes fideicomitidos con estricta sujeción a las instrucciones liminarmente otorgadas por el constituyente, en orden a pagar a los acreedores beneficiarios el monto de sus acreencias: a) con el producto de la venta; b) mediante la dación en pago, si ella fue prevista en el acto constitutivo y es aceptada por aquellos.”2.-“la fiducia en garantía, envuelve una caución, entendida “genéricamente” como la “obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena” (art. 65 C.C.). y al celebrarla: a) el constituyente-deudor prevé un mecanismo que permita la solución de la obligación, si ella, *in futurum*, no puede ser satisfecha oportunamente; b) el acreedor no es quien realiza la garantía, sino un tercero, el fiduciario, en un todo de acuerdo con las instrucciones otorgadas.” 3.- “la fiducia en garantía no es un arquetípico derecho real en cabeza del fideicomisario-acreedor: a) en materia de derechos reales rige –en Colombia- el criterio de *numerus clausus* –por oposición al de *numerus apertus*–; b) el beneficiario de la fiducia mercantil de garantía no goza del atributo de persecución; c) dicho contrato no es causa especial de preferencia –propriadamente dicha- sobre los bienes fideicomitidos (art. 2493 C.C.); d) ni le concede privilegio al crédito garantizado (art. 2494 *ib.*).”4.-Existe un tercero encargado de la realización (obligación de enajenar tales bienes, para que con su producto se verifique el pago) de los bienes fideicomitidos, para el evento de incumplimiento de las obligaciones garantizadas, “el fiduciario” (persona jurídica): a) no es el acreedor-beneficiario; b) no cabe afirmar que el acreedor-beneficiario tiene la facultad de disponer de los bienes objeto de la garantía, o de apropiarse de ellos por medio diverso del previsto en la ley: i) el acreedor tiene el derecho de exigirle al fiduciario que: 1) venda los bienes fideicomitidos; 2) en su caso, le haga dación en pago; ii) pero no es el acreedor quien: 1) procede a venderlos; 2) ni se apropia de ellos por el sólo hecho del incumplimiento

relevancia en el orden jurídico procesal ordinario durante la República hasta llegar a la concesión de una *actio fiduciae*; el *fideicommissum* obtuvo incipiente y muy lenta recepción procesal, pues recién con Augusto se admitió el planteo de la infidelidad del fiduciario, a través de la vía cognitoria y extraordinaria y surgió una nueva figura: el *praetor fideicommissarius* (IGLESIAS: 1993:601).

Aquella arcaica institución se mantuvo en vigencia intensamente durante la República y el Principado, pues de ella encontramos las referencias en Plauto (s. III a C.), Cicerón (s. I a C.), como así también en las Institutas de Gayo (s. II d C.) (LONGO: 1933:163-164). Su origen podría ubicarse aprox. entre los siglos V a II a C. (BELDA MERCADO: 2007: 53).

No existe consenso unánime en considerarla en la esfera contractual. Fernandez de Buján lo considera como negocio formal de naturaleza real (FERNÁNDEZ DE BUJÁN: 2004: 433), en tanto García Garrido, siguiendo la tendencia romanística moderna, lo define como “un **contrato** formal por el que una persona, fiduciante, transmite a otra, fiduciaria, la propiedad de una cosa mancipable mediante *mancipatio* o *in iure cessio* y éste se obliga a restituir la cosa en un determinado plazo o circunstancia” (GARCÍA GARRIDO: 1989: 583).

La vida y la muerte de los romanos estaban impregnados de *fiducia*, resultando de suma trascendencia la elección del fiduciario, por tratarse de un encargo *intuitu personae*; librado a la fides y con fines específicos. Conviene distinguir por un lado, el negocio fiduciario y, por otro, el acto (negocio) jurídico de transmisión del dominio fiduciario: *Mancipatio* o *in iure cesio*.⁴⁵ La mención “*fidi fiduciae causa*” inserta en ambos, tenía carácter de una *nuntiatio*, que no obsta a que se opere en forma efectiva y directa la adquisición del derecho real por parte del fiduciario, pero indicaba la existencia de una obligación –en sus inicios meramente moral- de restituir la cosa a su anterior propietario.

Afortunadamente, se conservan dos importantes documentos epigráficos: La *Tabula Baetica*, y el *Tríptico Pompeiano* (LONGO:1933 10-11; MESSINA: 1948: 113-114) que atestiguan la operatividad de la *fiducia* hacia los s. I o II d C.:

45 a- en la *mancipatio*: como *imaginaria venditio* (venta imaginaria) que se realizaba *per aes et libram*, el *fiduciarius*-comprador afirma que la cosa le pertenece por derecho civil *fidi fiduciae causa*, diciendo “*hanc rem meam esse aio fiduciae causa*” y paga el precio ficto (*nummo uno* - un as o sextertio) al vendedor que calla y lo recibe, frente a cinco testigos y el *libripens* (portador de la balanza); b- en la *in iure cessio*: el *fiduciarius* se presenta ante el pretor como demandante en un proceso ficticio de reivindicación, afirma que la cosa le pertenece por derecho civil *fidi fiduciae causa*; el fiduciante, demandado, se allana o nada dice, y el pretor adjudica la cosa al fiduciario.

1 - El *Bronce de Bonanza* -como también se denomina a la primera- es una tablilla de bronce que fue descubierta en 1867, en la zona de la actual Andalucía, y que consta de 17 renglones escritos con letra epigráfica que, posiblemente habría estado clavada a una pared, por lo que parte de la doctrina acepta que habría sido utilizada a modo de formulario o para conocimiento general, en tanto otros, creen que se trató de un negocio jurídico particular (BUENO DELGADO: 2004: 154-5) . Entre las líneas 1 a 6 se informa sobre la *mancipatio fiduciaria* entre Dama, esclavo de Lucio Ticio y Lucio Baiano, estos dos últimos, seguramente, gozarían de ciudadanía romana, como así también el objeto -fundo Baiano- debe haber estado sometido a *ius italicum*, pues de lo contrario, no hubiera sido posible efectuar una *mancipatio*. (BUENO DELGADO: 2004: 157) Comienza con la alocución “*pactum conventum factum est*” en la línea 6 y ello marca el inicio de la transcripción del pacto agregado, de donde surge claramente la finalidad de garantía o aseguramiento de la *mancipatio* fiduciaria: el esclavo Midas y el fundo Baiano son los bienes “*fiduciados*”. En caso de incumplimiento, se faculta al acreedor o sus herederos a vender total o parcialmente la garantía, dónde y cuándo quieran, “*ubi et quo die vellet*”, y en esto consistía el *pactum de vendendo*, con lo cual quedaba limitada la responsabilidad del acreedor, pues de lo contrario, bastaba que en algún momento el deudor cumpliera, para que el acreedor tuviera que remancipar la cosa a su favor. Se enumeran los créditos alcanzados presentes o futuros alcanzados con la *mancipatio* fiduciaria, entre cuyas causas de crédito D’Ors, citado por Bueno Delgado, divide en tres tipos: *pecunia credita*, *pecunia expensa lata* y las derivadas de fianzas personales (*fidepromissio*, *sponsio* y *fideiussio*). Otro pacto que surge agregado en los 3 renglones finales el *pactum de non praestando evictione*, con una garantía casi nula (2 sextersios). (BUENO DELGADO: 2004: 160 y ss.)

2 - Por otra parte, entre los documentos de naturaleza procesal, y negocial (actividad mercantil, financiera o comercial), hallados en Pompeya conocidos como las “*tablillas pompeyanas de Murécine*”, se conservan dos trípticos del archivo de los Sulpicios -familia de libertos que se dedicó al comercio y posiblemente a la actividad banquera-, que dan cuenta de negocios de mutuo o préstamo, curiosamente realizados entre dos mujeres y que datarían aprox. entre 29 y 62 d C. (LÁZZARO GUILLAMÓN: 2003: 164). En época de la República, según enseña Fernández de Bujan, se habría iniciado ya aquella tendencia de dejar constancia por escrito, “*testatio*”, de actuaciones procesales o negociales, redactadas en tercera persona -generalmente en tablillas de madera enceradas

(*tabulae ceratae*), ya sea dos, tres o más láminas (dípticos, trípticos y polípticos), del mismo madero (para evitar falsificaciones) y atados entre sí por cordones de cuero. (FERNÁNDEZ DE BUJAN, A.:2005-117-142) Uno de estos trípticos es el que transcribe una *mancipatio fiduciaria* (aseveración que ha sido discutida por algunos autores, al no contener expresamente la locución *fidi fiduciae causa*) que, curiosamente, se habría realizado entre dos mujeres: Poppaeae Prisci liberta Note, y otra, Dicidadia Margaris. Al igual que en la fórmula bética, le sigue un *pactum conventum* para permitir a esta última proceder a la venta de los esclavos dados en fiducia si no se pagara el crédito, comprometiéndose ésta a devolver el *superfluum* a Nota o a sus *heredes*. En el otro tríptico consta la estipulación del mutuo de la cual habría sido accesoria aquella fiducia, como garantía.

La *fiducia cum creditore*, “*iure pignoris*”, permitía que el deudor por *mancipatio* o *In iure cessio* entregara a su acreedor una cosa propia, con la finalidad de garantizar una deuda preexistente que los vinculaba, y que *fidi fiduciae causa*, el *creditor* se comprometía a restituirla por medio de una *remancipatio* una vez cumplida la deuda. Si bien no constituye un derecho real autónomo y sólo reviste el carácter de *pactum conventum*, al concederse la *actio fiduciae*, se transformó en antecedente de las acciones que luego se reconocerían al *pignus* y a la *hypotheca*, como *iura in re aliena* de garantía.

La otra modalidad de la *Fiducia*, fue, *ut supra* dijéramos, la *cum amico*, que es a partir de la cual se habrían abierto camino numerosos contratos de uso cotidiano: mandato, depósito, comodato, sociedad, prenda, e incluso, el mismo *fideicommissum* como evolución del testamento libral. Ambas modalidades, luego de más de mil años de vigencia, fueron arrastradas al olvido con el ocaso de los modos formales de transferencia de dominio (*mancipatio-in iure cessio*) (BELDA MERCADO: 2007:) y de la distinción entre *res Mancipi et nec Mancipi*, decayendo en importancia hasta desaparecer en la obra justiniana, siendo las últimas noticias que de ella se tienen del 395, una Constitución de Arcadio y Honorio que consta en el *Codex Theodosiano* (435). (LONGO: 193:164) ⁴⁶

46 Hacia el fin del s IV; todavía habría sido utilizada en época postclásica pues figura en los Fragmentos Vaticanos y en el Cod. Theodosiano. Para el s. V, encontramos en Occidente, algún pasaje de la Lex Romana Visigotorum (Breviario de Alarico) y algún papiro del 453 y referencia posteriores de San Ambrosio, Sidonio Apolinario, Isidoro de Sevilla, pero que sólo dan alguna definición más teórica que práctica del instituto. En Oriente, por el contrario, ya a principios del s. V no se encuentran trazos y por ello es cancelada en la constitución justiniana más impregnada de derecho bizantino. (LONGO: 193:163-164)

Por esta razón, en el *Corpus Iuris Civilis* no se la menciona, mientras que, el Fideicomiso, por el contrario, va adquiriendo cada vez mayor fuerza para suplir la vía testamentaria adquiriendo un importante relieve en la Compilación Justiniana. Al efecto se ha probado acabadamente la *tesis interpolacionista* cuando, al efectuar su hipótesis de reconstrucción del *Edictum perpetuum*, el gran filólogo alemán, Otto Lenel (1903: 5-10) recurriendo a un método sistemático-exegético para análisis del Digesto a fin de eliminar lo que hubiere de espúreo, dejó asentado cómo habría sido redactada la fórmula de la *actio fiduciae* y dónde habría estado ubicada en el Edicto: en el Título XIX del Edicto en *De bonae fidei iudiciis*; advirtiendo que, donde en la época clásica refería a la fiducia, se habrían interpolado los nombres de aquellas otras figuras jurídicas que a partir de ella surgieron: *vg. pignus, commodatum, fideicommissum*, etc.

Inadvertida durante toda la Edad Media y Moderna, la *fiducia* fue revalorizada recién a partir de 1816 cuando el célebre historiador Niebhur descubre por casualidad el texto completo de las *Institutas* de Gayo en el *palimpsestus* de Verona, según confirmara Federico Carlos Von Savigny (DI PIETRO: 1997:16). Precisamente Gayo, en sus *Institutas* II, fr. 59/60, cuando explica la única excepción a la regla de la usucapión, había remitido al ejemplo de la *usureceptio* que permite “*usucapir a sabiendas la cosa ajena*”, por posesión anual, sea el bien mueble o inmueble, cuando “*por medio de mancipatio o in iure cessio se da en carácter de fiducia una cosa a otro*”, para luego, conceptualizar las dos figuras: *Fiducia cum amico*, y la *cum creditore*, diferenciando la situación de la *usureceptio* en cada caso. (DI PIETRO: 1997: 235-236)

La *fiducia cum amico* es la “*primera manifestación histórica del negocio fiduciario*” (FUENTESECA: 1994: 3), y de ella, dan cuenta las más arcaicas instituciones jurídicas: 1- Desde las XII Tablas ⁴⁷, en la *emancipatio*, realizada mediante la triple venta del hijo que provocaba la pérdida de la patria potestad;

47 En la *emancipatio* intervenía un “tercero” (que recibía a aquél hijo “*in mancipium*”) que, a cada mancipación, manumitía al hijo por medio de la *vindicta*. Este tercero sería *fiduciarius*, con el encargo de la manumisión. Se entiende que, si el tercero fallaba al compromiso de manumitirlo, el hijo quedaba bajo *mancipium*, pero la pérdida de *patria potestas* se había operado en forma irrevocable. Esto muestra que, quizás, en los primeros tiempos no existía un *pactum*, entendido como un acuerdo sellado con la *sanctio* ritual, sino solo un acuerdo de mera confianza. (para otros descendientes y mujeres, bastaba una sola mancipación). Este mismo mecanismo era utilizado a los fines de *adoptio*, bastando que a la tercera venta le siguiera una *remancipatio* al *pater*, y, ante el pretor, una imaginaria *vindicatio* del *filius* como propio del tercero fiduciario y aquél era adjudicado en adopción. (DI PIETRO: 1997: 139)

2- La *coemptio fiduciae causa*⁴⁸, que fue la forma más usada para sanear, por vía indirecta, las incapacidades de hecho que la mujer tenía por su sometimiento a la *Tutela Perpetua Mulieribus*:⁴⁹ 3- En el *testamentum* “*per aes et libram*”, o “*per mancipationem*”⁵⁰; 4- En los casos de efectuarse una *donatio mortis causa*⁵¹, 5- Otras finalidades de la *fiducia cum amico*, pues su elasticidad permitía salvarguardar los bienes, poniéndolos en manos de un *amicus*, en los casos de que se hubiere dictado, vg. una *interdictio de aquae et ignis*, *exilium* o *deportatio in insulam*, que provocare una *capitis deminutio*, acompañada frecuentemente de la confiscación de los bienes, mecanismo muy usado en momentos de persecución política, durante la época Republicana (FERNÁNDEZ DE BUJÁN: 2004), de

48 Era la “compra” de la mujer por un tercero llamado “*coemptionator*”, realizada mediante *mancipatio* como *imaginaria venditio* (*nummo uno*), hecha bajo la *auctoritas* de su tutor, y que, si se realizaba *matrimonii causa* constituía una forma de *iustas nuptias cum manu*; en tanto que, si se realizaba *fidei fiduciae causa*, el *coemptionator* adquiría fictamente la *manu*, pero sólo a “título de confianza”, es decir, como *fiduciario*, sin existencia de vínculo matrimonial, y con la promesa de remanciparla ya sea a su marido o a un tercero, elegido por la mujer (si era su marido, quedaba como agnada “*loco filiae*”), quien luego la manumitía *per vindicta* y se convertía en su tutor *fiduciarius*. (FUENTESECA: 1994::391 nota 11)

49 Quedaba así suplida, mediante la *fiducia cum amico*, la incapacidad de derecho para designarse su propio tutor. Mecanismo similar, se usó para adquirir la *testamenti facti activa*, en la primera época en que sólo las Vestales podían testar; como así también, según surge del *Pro Murena* para lograr la extinción de la *sacra privata* de la mujer. (Inst.Gai., I, fr. 114 y ss, ; DI PIETRO: 1997:276-277)

50 Inst. Gai, II, 103; también se encuentra claramente el mecanismo del negocio fiduciario: en sus orígenes, el *paterfamilias* transfería por *mancipatio* todo su patrimonio (“*familia*”) a un *amicus* que se desempeñaba como *familiae emptor*. Gayo menciona expresamente el calificativo de “*amicus*”, por lo que no nos deja duda de que se trataba de una *fiducia cum amico*. El *paterfamilias* “*rogaba*” al *familiae emptor*, esto es, su fiduciario, bajo encargo de confianza, para que, a la muerte de aquél, repartiera los bienes del patrimonio transmitido en la forma por aquél dispuesta. El *familiae emptor*, no era heredero, sino que se colocaba *loco heredis*, y sólo estaba encargado de la gestión y traspaso de los bienes, conforme la voluntad del testador. En una época posterior, se simplificará el proceso, dividiéndolo en dos etapas: el ritual *mancipatorio*, por un lado, y una *nuncupatio*, (en principio oral, y luego acompañada además de las tablas del testamento), en que el *paterfamilias*, formulaba la *heredis institutio*. Este heredero sería quien debería distribuir las mandas. El *familiae emptor*, como resabio antiguo, adquiría los bienes, pero sólo como mera formalidad, aceptando el mandato de custodiar la familia y fortuna del *paterfamilias*, comprando *nummo uno* con un trozo de metal, como precio simbólico. “*ita do, ita lego, ita testor*”. Con este procedimiento, el *paterfamilias* habría podido decidir entregar su herencia, a quienes carecían de la *testamenti facti passiva*. (DI PIETRO: 1997: 267)

51 Por esta vía, la propiedad es adquirida inmediatamente por el donatario, pero sabiendo que debe devolver al transmitente si sobrevive al peligro con ocasión del cual se realizó el acto, y que si era de una *res Mancipi* y debía ser transferida por el rito de *mancipatio*; se requería que se realizara un *pactum fiduciae* o una *stipulatio*, pues el acto *mancipatorio* no toleraba ser sometido a términos ni condiciones. (GARCÍA GARRIDO: 1989:278 ; ARANGIO RUIZ: 1963:658)

donde se derivarían con el correr del tiempo los contratos de: mandato, comodato, depósito, etc.

Con respecto a la cuestión dominical, la *mancipatio fiduciae causa* según algunos autores (FUENTESECA: 1994: 391) no concedía el dominio perfecto *ex iure quiritum*, puesto que, vg., en la *cum creditore*, el *fiduciarius* incorporaba las cosas entregadas *pignoris iure* bajo su potestad dominical como *mancipium*, manteniéndolas sólo a efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación. Otros consideran que el fiduciario se hacía verdadero propietario con todos los poderes inherentes al dominio. (IGLESIAS: 1993: 316)

Una evolución posterior quizás sobre la base del *testamentum per aes et libram*, habría propiciado el nacimiento del *fideicommissum*, como acto fiduciario *mortis causa* utilizado para subsanar, por vía indirecta u oblicua, las prohibiciones testamentarias en relación a la herencia. En efecto, el Fideicomiso era una disposición de última voluntad realizada por el *fideicomittens* a título, ya sea particular o universal, en que, bajo la forma de “ruego” dirigido a quien por ley o por testamento tomaría los bienes, esto es “heredero fiduciario”, le pedía (*peto, rogo, volo, fidei committo*) que entregue la herencia o parte de ella a un tercero, beneficiario, llamado *fideicomisario*. (Inst. Gai, II, 247 y ss.) Las fórmulas usadas fueron: *Aliquo petere, aliquem rogare, fidei alicuius committere* (VON MYER: 1933:228-231). Por un mecanismo semejante, podía llegar a disponerse la *manumissio fideicommissaria* mediante la cual el causante “rogaba” al *fideicommissarius* que manumitiera a un esclavo, propio o ajeno.. Los sujetos intervinientes son aquí tres: el *fideicomittens* (fideicomitente), quien realiza el encargo a otro, su heredero instituido, siendo éste quien cumple el papel de *heres fiduciarius* (heredero fiduciario), en beneficio de un tercero, llamado *fideicommissarius* (fideicomisario). (GAYO, Inst. II, 247 y ss, 263 y ss. DI PIETRO: 1997:359 -363)

Quiere decir, entonces, que, en Roma desde la época arcaica a la clásica, encontramos tres negocios fiduciarios *mortis causa*: el testamento mancipatorio, el fideicomiso y la donación por causa de muerte. Y, así, mientras en la *fiducia* del texto gayano citado, sólo encontramos referencia a dos sujetos: *fiduciante* y *fiduciario*, el *fideicommissum* nos agrega un tercero: el beneficiario = fideicomisario. En estos términos se moldeará la figura actual, y llevará a que algunas legislaciones prevean expresamente la diferenciación entre el beneficiario de los provechos durante la vigencia del Fideicomiso o Fiducia y, el fideicomisario, como receptor del remanente de los bienes una vez terminada y agotada su vigencia, como es el caso de Argentina. Sin embargo, a mérito de las arcaicas

instituciones citadas llevadas a cabo mediante una *Fiducia cum amico*, podemos observar que la estructura tripartita podría haberse dado, cuando existía un tercero que, directa o indirectamente, recibía los beneficios del negocio fiduciario.

LA TRANSICIÓN MEDIEVAL: *Ut supra* referenciáramos, mientras la denominación *fiducia* se iba borrando en la Edad media, el fideicomiso, como institución fiduciaria *mortis causa*, se difundida cada vez más como modo de alterar el orden sucesorio, mediante un sistema de sustituciones fideicomisarias que fue una de las mayores causas que permitió la concentración de grandes latifundios en manos de una misma familia durante generaciones, propiciando y perpetuando el régimen feudal. El fideicomiso, en los s. VI a XXI, termina por desarrollarse incluso *contra legem*, al margen del ordenamiento jurídico⁵², siendo genéricamente prohibidas, salvo alguna excepción, aquellas instituciones fiduciarias en las *Siete Partidas* (1252-1284), pero debe tenerse presente que éstas, recién cobraron obligatoriedad al dictarse el *Ordenamiento de Alcalá* (1348).

Ante la disparidad existente en los ordenamientos forales, los Reyes de Castilla finalmente admitieron las delegaciones sucesorias y mayorazgos como privilegios de la nobleza, en las *Leyes de Toro* (1505).⁵³ Pero todas estas disposiciones refieren, en definitiva a la *fiducia mortis causa*, es decir, más cercana al fideicomiso que a la originaria *fiducia cum amico o cum creditore* romanas, la que se mantuvo oculta por más de catorce siglos. (ÁLVAREZ: 1834: 326 y ss.)

52 Así señala Merino Hernández al ponderar comparativamente la fiducia sucesoria de Aragón, dentro del conjunto de delegaciones sucesorias que habrían derivado del derecho romano. Referido al Derecho de Castilla donde no existió normativa uniforme según distintos momentos históricos, observa que, si bien la delegación sucesoria aparece expresa en el Fuero Real (1254-1255 - Alfonso X el Sabio), es luego terminantemente prohibida en las *Siete Partidas*, ya basada no en el derecho consuetudinario foral, sino en el Derecho Romano. Pero éstas, sólo mediante el Ordenamiento de Alcalá en 1348 por Alfonso XI alcanzaron vigencia, quedando rechazadas así globalmente todas las instituciones de confianza, es decir, yendo mucho más allá que el derecho justiniano: La Ley XI, T. III, Part. VI rechaza toda delegación, y sólo con respecto a la herencia de confianza la L. XIII, T. VII, Part. VI, admitiéndose siempre que el encargo no se hiciera en secreto y los posibles fideicomisarios fueran capaces de heredar. (MERINO HERNÁNDEZ:1994)

53 Se enumeran en ley XXXIII los actos *mortis causa* que, en nombre de un causante, puede realizar un comisario con poder especial dentro del plazo máximo de 4 meses. En la Novísima Recopilación de 1805 (Carlos IV) se incluye el texto de dicha ley. García Goyena explicaba que el art. 558 del anteproyecto dejaba derogada aquella ley, pero tal derogación no fue absoluta pues el art. 831 es una importante excepción a la supuesta prohibición, en caso de viudedad, lo que la doctrina española considera como una transacción entre la prohibición de delegaciones del Código y la amplia libertad fiduciaria de los derechos forales. (MERINO HERNÁNDEZ:1994)

Desde Francia, considerados como atentatorios del lema “*Libertad, Igualdad y Fraternidad*” de la Revolución Francesa, los legisladores, sin apreciar las otras innúmeras utilidades del Fideicomiso –de las que dan cuenta las distintas finalidades aceptadas en la actualidad-, abolieron completamente la figura del *Código Civil Napoleónico* de 1804, por considerar que todo fideicomiso consistía en una sustitución *fideicomisaria*. (PEÑA GONZÁLEZ: 2006: 51; 6-7- 1808, arts. 135 a 139, GARCÍA GOYENA: 1852: 84) Por ello, en el *Estatuto de Bayona* arts. 135 a 139 (1808), se promovía la conversión de fideicomisos, mayorazgos o sustituciones existentes a la fecha.⁵⁴ En su *Proyecto de Código Civil Español* de 1851, García Goyena pretendió la sanción de nulidad de toda sustitución fideicomisaria, siguiendo el derecho vigente (art. 635), sin embargo no llegó a consagrarse legalmente, y, por el contrario, en el *Anteproyecto de Código Civil Español* 1882-1888 (art. 782), será permitida, y así se llega a la sanción del *Código Civil* de 1889, que la define y acepta.⁵⁵

La situación fue recibida en forma más que disímil en toda Latinoamérica, conforme se iba transitando el camino hacia la Independencia, de modo tal que hubo territorios donde se mantuvieron más arraigadas las viejas tradiciones coloniales, aceptándose las; en tanto otros, como el de las Provincias Unidas del Río de la Plata, se volcaron por su abolición. Y así, en sentido opuesto al español y congruente con la decisión de la *Asamblea del Año XIII*, Vélez Sársfield bajo los postulados del *Code Civil*, declara la nulidad de las sustituciones fideicomisarias (arts. 3723 y 3724 C.C.) (ÁLVAREZ:1834: 326 y ss) ; no obstante ello, influenciado por el Anteproyecto de Código Brasileño de Texeira de Freitas, admite como una modalidad del dominio imperfecto al: “dominio fiduciario” (art. 2662 C.C.), redacción que propició una ardua discusión doctrinaria a mediados del s. XX entre los máximos exponentes del derecho civil argentino: Salvat y Lafaille. (MÁRQUEZ:2008:32) Pero aún cuando éste último propiciaba la

54 Los nuevos, sólo serían posibles mediante autorización Real, manteniéndose así los “*fideicomisos familiares*”, los que fueron finalmente abolidos en 1820, por la *Ley de desvinculación*, restablecida por Real Decreto de 1836.

55 Es aquella “*en cuya virtud el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o la parte de la herencia*” (art. 781), pero en la que, a fin de evitar las que pudieran equivaler a mayorazgos o vinculaciones, se establecen una serie de restricciones: 1) Que no pase la sustitución del segundo grado o se haga en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador. 2) Que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria han de ser expresos, con lo que desaparecen los llamados fideicomisos tácitos o albaceazgos de confianza. 3) Que las sustituciones nunca podrán gravar la legítima, y si recayeren sobre el tercio destinado a mejora, sólo podrán hacerse a favor de los descendientes.

admisión del instituto, ni fiducia, ni fideicomiso, serían abierta y francamente permitidos en nuestro país, Argentina, sino hasta la llegada de la Ley 24441.

CONCLUSIONES EN BASE A LA EXPERIENCIA ARGENTINA: La figura del Fideicomiso se ha transformado en la vedette, tanto en el mercado inmobiliario como en el de capitales en sus funciones básicas de administración, garantía y financiamiento, al punto que la doctrina considera que las posibilidades de uso del vehículo fiduciario “*ha superado los objetivos que contempló el legislador al momento de la sanción de la citada ley 24441*” (PAPA: 2008) Consideramos que la institución fiduciaria más novedosa a la que la flexibilidad de la figura ha permitido alcanzar es, sin duda alguna, la del “*Fideicomiso de Administración con Control Judicial*” para Entidades Deportivas con dificultades económicas implementado-con carácter de orden público- por Ley 25.284/2000, como mecanismo de “salvataje” para que aquellas pudieran sanear su pasivo mediante transferencia de los bienes a una *órgano fiduciario* -“*especie de minotauro, mitad síndico, mitad fiduciario*”, parafraseando a Junyent Bas- con la específica finalidad de administrar ese patrimonio “*a favor de los acreedores de las entidades para la cancelación de las deudas*. (JUNYENT BAS – MOLINA SANDOVAL: 2002: 313- 328) .Cotejando la figura con aquellas romanas, vemos que, en realidad, se trata de una figura “híbrida” o, podríamos decir, un *tertius genus*, ya que fusiona unitariamente las posibilidades de la *fiducia cum amico* y *cum creditore*, además de constituirse en la figura más cercana al multifacético *trust* anglosajón, ya que, al suspender la etapa liquidatoria , el juez concursal se convertirá en *eje del control del órgano fiduciario*, verdadero protagonista del proceso.

Bibliografía

ÁLVAREZ, J.M. (1834) *Instituciones de Derecho Real de España*, Impr. del Estado, Bs As.

ARANGIO RUIZ, V. (1963) *Historia del Derecho Romano*, Inst. Reus, Madrid -1963

ARROYO I AMAYUELAS, E.-Dir. (2007) *El trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona

BUENO DELGADO, J.A.. *El bronce de Bonanza* - Univ. Alcalá - AFDUA 2004

BELDA MERCADO, J.(2002) *Perspectiva histórica de la Fiducia Romana*, Univ. de Granada, Granada

BUCKLAND, W.W. (1936) *Roman Law & Common Law. A comparison in Outline*, Cambridge

DI PIETRO, A. (1997) “*Gayo – Institutas-Texto traducido, notas e introducción*” – Ed. Abeledo Perrot Bs. As.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FEDERICO (2004) *Sistema Contractual Romano*, 2º Ed. Aumentada y corregida – Ed. Dickinson, Madrid,

FUENTESECA, P.(1994) *Líneas Generales de la “Fiducia Cum Creditore”*, Hom. al Prof. J. L- Murga Gener, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1994

GARCÍA GARRIDO, M. (1989) *Derecho Privado Romano, Acciones, Casos, Instituciones*, 4º Reimp. Ed. Reformada – Ed. Dickinson

GARCÍA GOYENA, D. F.(1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Ed. Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid

IGLESIAS, J.(1993) *Derecho Romano– Historia e Instituciones*, 11º Ed. Revisada , Ed. Ariel Derecho S.A., Barcelona

JUNYENT BAS, F.- MOLINA SANDOVAL, C. A. – Salvataje de Entidades Deportivas. Ley 25284- Régimen Especial de Administración de las Entidades Deportivas con Dificultades Económicas, “*Revista de Derecho Privado y Comunitario – 2001-3 - Fideicomiso*”- Rubinzal-Culzoni Editores , Buenos Aires (2002) - ISBN 950-727-373-5

LENEL, O. (1903) *L'essai de reconstitution de l'Edit perpétuel*, ouvrage traduit en francais par Frédéric Peltier sur un texte revu par l'auteur, T.II, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, París

LONGO, C. (1933) *Corso de Diritto Romano T. La fiducia*, Dott A. Giuffré Editore – Milano

LÁZZARO GUILLAMÓN, M. del C. Mujer, comercio y empresa en algunas fuentes jurídicas, literarias y epigráficas - *Revue internationale des droits de l'antiquité*, ISSN 0556-7939, Nº 50, 2003, págs. 155-194

MÁRQUEZ, José Fernando (2006) *La incorporación del fideicomiso a las legislaciones uruguayas y argentinas. El modelo legal elegido*, .Publicado en en a Crítica de Derecho Privado, N° 3, Año 2006, Montevideo, Uruguay

MATTEL, U. Basic issues of Private Law codification in Europe, *Global Jurist Frontiers* (2001) V.1,I.1, Art. 5

MERINO HERNÁNDEZ (1994) *La fiducia de Aragón* -Colección *El Justicia de Aragón*, Aragón

MESSINA, G. (1948) *Scritti giuridici I-Negozi fiduciari (introduzione e parte I)* Dott A. Giuffré Editore, Milano

PAPA, R., Consideraciones jurídicas sobre la evolución del fideicomiso en Argentina, *Palermo Business Review*, n° 1 (2008) <http://www.palermo.edu/economicas/cbrs/pdf/1Business03.pdf>

PEÑA GONZÁLEZ, J. (2006) *Historia política del constitucionalismo español*. Ed. Dickynson

RODRIGUEZ AZUERO, SERGIO (2005), *Negocios Fiduciarios – Su significación en América Latina*, 1° ed. Legis, , Bogotá, México DF, Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, Miami.

VON MAYR, R. (1930-1926) , *Historia del Derecho Romano*, traducción de Wenceslao Roces, T. I y II, 2° Ed. Editorial Labor S.A. , Barcelona

“As repercussões da globalização no direito do trabalho”

Maria Alice Gurgel do Amaral

Pós doutoranda École de Droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne, França. Doutora em D Trabalho pela Fac Direito USP. Funcionária aposentada TRT SP. Advogada OAB 93607. Jornalista profissional MT 10201. Autora do livro “A Efetivação do Direito na Execução Trabalhista”. Campinas: Ed e Distr ME, Campinas, 2004. Articulista do jornal “Estado de Direito”, RGS. alice.bga@gmail.com.br.

1. Os efeitos perversos para a pessoa humana do trabalhador

Um grito de alerta, que ressoou em Roma, no ano 63 AC, motivado por um sentimento de inconformismo e urgência, poderia novamente ecoar nos dias atuais:

“Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? Quam diu etiam furor iste tuus nos eludet? Quem ad finem sese effrenata iactabit audacia?” (Até quando, ó Catilina, abusarás de nossa paciência? Por quanto tempo ainda zombarás de nós essa tua loucura? Até que ponto a tua audácia sem freios nos oprimirá?). (Disponível em www.culturabrasil.pro.br/catilinaras_cicero.htm. Acesso em 05 03 2016).

São as palavras proferidas por *Marcus Tullius Cicero*, orador, político, filósofo, no senado romano, contra *Catilina*, que ameaçava o governo da época.

Nesse momento, deveriam ser direcionadas para todo o sistema capitalista, que através das várias ondas históricas, (usando a expressão de *Alvin Toffler*, autor de *A Terceira Onda*), e focando principalmente, na segunda e atual globalização, modificou a geografia do mundo, as relações de produção e de trabalho, mas também produziu mais empobrecimento.

Esse movimento avassalador, viabilizado, entre outros fatores, pela Tecnologia da Informação, e que determinou o fim das economias nacionais, com a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de transportes e das comunicações, levou oportunidades de investimentos financeiros e oportunidades de trabalho a todo o planeta. Essa é, comprovadamente, uma repercussão positiva.

No entanto, enriqueceu ainda mais o capital e aviltou o trabalho, quando busca países com oferta de mão-de-obra mais barata. Ao encontro também de matérias-primas de preços mais competitivos e grandes mercados consumidores, o capital obteve altos lucros, concentrando ainda mais as riquezas e, em consequência, aumentando a desigualdade em todo o mundo.

Historicamente, sedimenta-se a posição de que o trabalhador tem se perpetuado na posição de refém do capital, desde as duas Revoluções Industriais, considerando que a primeira abrangeu o período de 1760 a 1830 e a segunda, entre 1830 e 1860, (séc. XVIII a XIX), quando se registrou o aumento inédito das riquezas na mão de poucos.

Registrando-se ainda que, anteriormente, já havia ocorrido um enorme acúmulo de capitais, que viabilizou os grandes feitos da Revolução Industrial do século XVIII, em particular pela Inglaterra e pela França - as duas principais potências coloniais e financeiras do séc. XIX e início do séc. XX, e que subtraíam grandes contingentes de riquezas de suas colônias.

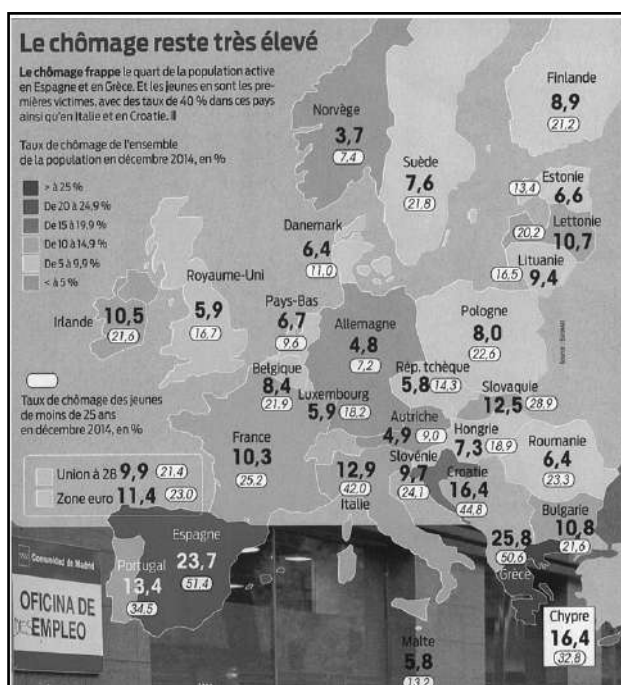
Piketty (2014, p. 35) refere-se a essa primeira globalização financeira e comercial, dos anos 1870 a 1914, época que guarda profundas semelhanças com a atual globalização, em curso desde os anos 1970-1980, como um período “ao mesmo tempo fascinante e prodigiosamente desigual. São os anos em que se inventaram a lâmpada elétrica e as viagens transatlânticas (o *Titanic* partiu em 1912), o cinema e o rádio, o automóvel e os investimentos financeiros internacionais”.

Mello e Costa (1991, p. 153) explicam ainda que:

“Essa primeira globalização chamou-se também de Revolução Comercial (séc. XV – XVII), e se estendeu da expansão ultramarina ao início da Revolução Industrial e correspondeu a um gigantesco incremento do comércio e, em consequência da descoberta de novos continentes, do caminho marítimo das Índias e da formação do mercado mundial. As trocas se espalharam por todo o planeta, ocorrendo uma fabulosa concentração de riquezas nos países da Europa Ocidental”.

Essa foi considerada a acumulação primitiva do capital. “Une fois constitué, le capital se reproduit tout seul, plus vite que ne s'accroît la production. Le passé dévore l'avenir”, afirma Piketty (2013, p. 942). (Uma vez constituído, o capital se reproduz sozinho e mais rápido do que cresce a produção. O passado devora (determina) o futuro).

As estatísticas, os problemas sociais, o desemprego, a exclusão social e o aumento dos trabalhos informais e precários (ou precarizados) estão expostos na realidade dos países e na vida das pessoas.



O quadro demonstra os níveis de desemprego em todo o continente europeu.
(Fonte: Revista L'état de l'économie, Paris, hors-série, n 104, fév. 2015).

Evidentemente, a globalização é apenas um dos movimentos capitalistas, que colaboram para a desigualdade crescente e concentração de riquezas. É claro que a internacionalização de recursos trouxe e traz aberturas de mercados e criação de centros de trabalho e lugares-vagas. Mas é seguro também que o capitalismo trafega com liberdade total, favorecendo os seus interesses corporativos em detrimento do capital humano, e com apoio dos governos, que anseiam sempre pela entrada de investimentos internacionais maciços.



Quadros referentes à evolução do desemprego no Brasil, desde os anos de 2012 a 2015, e por trimestres, respectivamente.

(Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/03/taxa-media-de-desemprego-ficou-em-85-em-2015-diz-ibge.html>>. Acesso em: 19 maio de 2016.

Paul Singer, adverte para um aspecto que não foi considerado (1999, p. 32):

“Este pensamento consolador não nos deve fazer esquecer, no entanto, que ao mesmo tempo, os ricos estão ficando mais ricos em todos os países e que muito da degradação e do sofrimento infligidos poderiam ter sido evitados se a globalização tivesse sido minimamente combinada com programas internacionais de reestruturação produtiva”.

São passados pois, mais de vinte anos ou trinta (conforme a data convencional para seu início – *Piketty* indica 1970-1980, enquanto outros autores colocam a queda do muro de Berlim como o marco inicial em 09 11 1989), que essa nova ordem sacudiu o mundo e hoje se fez um novo desenho – um mundo sem fronteiras.

Com a “aldeia global formou-se a comunidade mundial”, (IANNI, 1995, p. 16), e não é só o processo de produção, que se fracionou por vários espaços, mas também as pessoas passaram a fazer mais intensamente um intercâmbio de culturas, cores e informações tão diversas e tão próximas.

A pessoa globalizada pode usar um vestido fabricado em Bangladesh, um sapato da China, camisas do Vietnã, calças dos Marrocos, lenços da Índia. Afinal, numa só pessoa estão reunidas as cores de todas as nacionalidades.

2 Ondas mundiais predatórias e a concentração de riquezas

O desejo de expansão é mesmo inato no ser humano, haja visto o que vem ocorrendo desde a Antiguidade e do Império Romano, que se caracterizou pelo domínio de grandes áreas do mundo, espalhando influências como a língua, costumes e valores.

Mas, observe-se que a mesma conduta predatória vem se repetindo há séculos, e também orientou a globalização. A pessoa humana do trabalhador não é considerada, por isso está havendo uma precarização do trabalho e seu aviltamento, com baixos salários, aumento de acidentes de trabalho e de doenças profissionais e do trabalho. O objetivo primordial tem sido somente o de favorecer o capital, na busca por lucros e resultados financeiros.

Na ansiedade de se obter a presença maciça de recursos capitalistas internacionais, os governos se tornam promíscuos e deixam de atender os direitos sociais.

Joseph Stiglitz, prof da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, prêmio Nobel de Economia, e autor de vários livros (**O Mundo em Queda Livre**, *The Price of Inequality*) comenta no artigo, “A desigualdade é uma opção” (Revista Carta Capital, out. 2013), que:

“De 1988 a 2008 a renda do 1% mais rico do planeta cresceu 60%. No mesmo período, a dos 5% mais pobres manteve-se estagnada. Os ganhos de renda têm sido maiores entre aqueles da elite mundial – executivos financeiros e corporativos dos países ricos – e as amplas classes médias emergentes da China, Índia, Brasil e Indonésia ”.

Sabe-se no entanto, (Artigo “**O Mundo é para Poucos**”, de Luiz Antonio Cintra, Revista Carta Capital, 06 04 2014) que essa situação de aviltamento dos ganhos dos trabalhadores decorreu das políticas, que datam do fim da década de 1970 ao início dos anos 1980 – de *Margareth Thatcher* e *Ronald Reagan*. “Essa orientação neoliberal propunha a desregulação dos mercados, particularmente o financeiro. Essa cartilha recomendava, deliberadamente, o corte dos impostos dos mais ricos, em paralelo à redução dos direitos sociais e salários dos mais pobres, com o argumento de que o primeiro movimento garantiria fôlego para o consumo, enquanto o segundo ampliaria a competitividade da economia, ao reduzir o custo do trabalho”.

Os resultados dessa política, que causou nova concentração da riquezas e aumento da desigualdade, apareceram rapidamente: “a renda dos 10% mais pobres avançou, desde meados de 1980 apenas 0,1% ao ano. Já aquela dos mais ricos cresceu, pela mesma métrica, 1,5%. No Reino Unido, também: a renda avançou em média, 0,9% na base da pirâmide e 2,5% entre os 10% no topo. Estudo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2011) apontou os Estados Unidos, o Reino Unido e Israel como os “pioneiros” da regressão social entre os mais ricos”, acrescenta o autor de **“O Mundo é para Poucos”**.

“Na década de 80, com a redução da participação pública (SINGER, 1999, p. 31) em políticas contra a pobreza, a maior redução ainda dos salários menores e ampliação dos empregos de baixa produtividade e salários, a pobreza ampliou-se ainda mais, tanto na ampliação do número de pessoas pobres, quanto no aumento da miséria dos pobres”.

Singer prossegue, esclarecendo que a “nova pobreza” difere da antiga, fundamentalmente, por sua origem. Trata-se de pessoas que pertenciam à ampla classe média, que se criara em função das conquistas dos anos dourados, e que perderam seus empregos para robôs ou para trabalhadores de países periféricos. E que não foram capazes de se reciclar, profissionalmente, e de se deslocar para as cidades, em que os novos postos de trabalho estavam surgindo”.



Indicação dos níveis de vulnerabilidade da população brasileira.
(Fonte: Revista Exame, São Paulo, ed. 1082, ano 49, n 2, 04 fev. 2015).

Aliás, *Anthony Atkinson*, economista britânico, que acabou de lançar, nesse ano de 2016, “**Desigualdade: o que pode ser feito?**”, e que foi o mentor de *Thomas Piketty*, autor francês de “**O Capital no Século XXI**”, afirma em entrevista (*Revista Época*, 22 fev. 2016, p. 44) que:

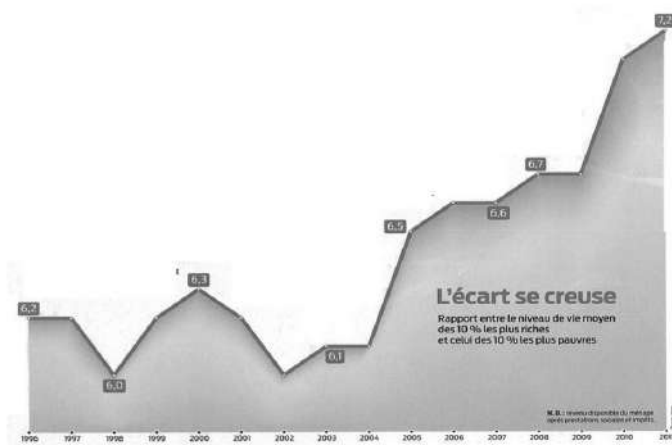
“A globalização não é uma força extraterrestre, incontrolável, ditadas por regras sacrossantas. São as pessoas e as decisões de governos e do mercado, que possibilitam que a globalização tome a forma com que ela ocorre. A tecnologia é o melhor exemplo. A pesquisa sobre veículos autônomos, que pode eliminar milhões de empregos de trabalhadores menos qualificados, começou com tecnologias criadas e patrocinadas pelo governo americano. O governo poderia ter dirigido o financiamento para a investigação de tecnologias, que complementassem as competências dos trabalhadores, não que as substituíssem. O mesmo vale para a Amazon. A idéia de usar drones para entregar livros é genial para a empresa, porque drones não recebem hora extra, nem cobram seguro em caso de acidentes. Mas os drones foram desenvolvidos em âmbito militar. O Estado deve estar consciente de seu papel no processo de inovação e ter em conta seus efeitos sobre a distribuição de renda”.

Esse quadro se agrava a cada ano, e mesmo com a crise financeira, que abalou o sistema imobiliário e financeiro dos Estados Unidos, em 2008, e repercutiu para o mundo todo, os ricos estão ainda mais ricos. As previsões são de um aumento da riqueza da elite de 1%, que deverá, em 2016, abocanhar 50% do total dos bens e patrimônios mundiais, de acordo com a informação da OXFAM, ONG britânica (Relatório de 19 de jan. 2015). Ficando o restante da população do planeta – 99% - para repartir os outros 50%.



O primeiro quadro indica “A distribuição da riqueza mundial”, e o segundo, “A riqueza acumulada em bilhões de reais”.

(Fonte: Revista Exame, São Paulo, ed 1082, ano 49, n 2, 04 fev. 2015).



QUADRO MOSTRA QUE A DESIGUALDADE SE APROFUNDA

Estatística sobre o nível médio de vida entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres no mundo.

(Fonte: Revista Les Chiffres de l'Économie 2015, Paris, hors-série n 102, oct

3. A migração do capital em busca de lucros maiores

A escolha dos países, onde investir, é orientada pela procura de mão-de-obra de valores menores e de matéria-prima a preços competitivos. Esse direcionamento do capital internacional gerou o *global sourcing*, que é o abastecimento de uma empresa por meio de fornecedores, que se encontram em várias partes do mundo, cada um produzindo e oferecendo as melhores condições de preço e qualidade naqueles produtos, que tenham maiores vantagens competitivas (SANDRONI, 2001, p. 265).

É sempre a procura por resultados eficientes e lucrativos, que não permite avaliar os ambientes de trabalho e a pessoa humana do trabalhador, ou melhor, propicia mesmo, a escolha por locais e instalações - as menos onerosas possíveis -, assim como aviltando a remuneração, a fim de aumentar a rentabilidade dos empreendimentos. Para essa disputa em atrair o capital globalizado, muitos países reduzem direitos trabalhistas e encargos sociais, e oferecem as piores condições de trabalho, o que provoca a prática do *dumping social*, pois, dessa forma, e sacrificando seus trabalhadores podem oferecer preços mais atraentes e assim receber os melhores retornos empresariais.

Luciano Martins Costa (2005, p. 20) declara que

“Produz-se hoje 40% mais riqueza que há duas décadas. Utiliza-se um grau de tecnologia que há cinquenta anos era tema de ficção científica, mas a um custo insuportável para as reservas naturais e inadmissível para a consciência humana”.

E acrescenta (p. 21):

“Uma tese provável, para explicar a incapacidade do capital de se revestir de um significado que o faça autor de uma sociedade humana mais habilitada a durar e evoluir, pode ter suas premissas na forma como esse poder gera e se apropria do conhecimento. O capital faz apenas parte do seu trabalho, movendo recursos na direção das obras desejadas, mas não presta atenção aos subprodutos e recursos que gera sob a forma de conhecimento. É como se os gestores de capital não notassem as transformações que seus movimentos produzem nem se dessem conta da sociedade que deixam para trás. Como se o capital só tivesse consciência do seu poder na realidade unidimensional do balanço dos resultados.... só existem os gestores de capital. Diante da ditadura do demonstrativo de resultados, tudo se torna urgente, a estratégia vira uma colcha de retalhos e todas as variadas especialidades que formam a organização (p. 22) se dobram...só o resultado interessa...e é justamente o financeiro”.

Os mercados, onde a atuação sindical é também mais fraca, atraem mais os investidores internacionais, porque, seguramente, deixarão de fazer exigências que favoreçam a pessoa humana do trabalhador.

Para a ideologia capitalista, o trabalho não passa de fator de produção e é medido pelo seu potencial de força e produtividade, estando dissociado de seu aspecto humano. Aliás o aspecto humano até conturba os lucros, por causa das contingências, que podem eventualmente, atingir o trabalhador. Por essa razão, a robótica atualmente está tão desenvolvida e recebe enormes verbas governamentais para seu implemento. O lado humano-social não é levado em consideração, porque não gera lucros; pelo contrário, causa ônus, tais como, seguros de acidentes do trabalho, licenças-saúde, licenças-maternidade, seguro-desemprego, pensões.

Interessante é trazer à reflexão, o conceito de capital humano (BRUNO E EL-LEBOODE, 2010, p. 74), desenvolvido por G. Becker em *Human Capital* (1964):

“Ensemble des capacités intellectuelles, physiques ou professionnelles d’une personne mobilisées lors de sa participation à l’activité productive et susceptible

de lui procurer un revenu. Cette notion “comprend alors l'état de santé de l'individu, son niveau d'éducation et son expérience professionnelle”. (Conjunto de capacidades intelectuais, físicas ou profissionais de uma pessoa mobilizadas quando de sua participação na atividade produtiva e suscetível de lhe proporcionar uma renda. Essa noção “compreende então o estado de saúde do indivíduo, seu nível de educação e sua experiência profissional).

Fica então esclarecido, que o trabalhador deve ser compreendido na íntegra do seu ser e não apenas em seu aspecto produtivo. No entanto, sabe-se que esse entendimento não é considerado pelo capitalismo, porque essas características diminuam os lucros.

4. Que há por trás das etiquetas “Made in Bangladesh, India, China...”

A vida de alguns trabalhadores globalizados pode ser descrita a partir da experiência de algumas fábricas de Bangladesh, que é o segundo maior país exportador de roupas do mundo, e tem clientes como a Kiabi, H&M, ou ainda a Zara. O país possui mais de 4 mil fábricas de confecção, que representam 80% de suas exportações.

Eis a narração da catástrofe do *Rana Plaza*, ocorrida em 24 de abril de 2013, em Dacca, capital de Bangladesh, e cujo desmoronamento do prédio causou a morte de 01 mil trabalhadores, conforme matéria apresentada por Elsa Fayner, “*L'Envers du “made in Bangladesh”* (O verso do “made in Bangladesh”), na *Revue Santé & Travail* (n 92, oct. 2015, p. 6- 11):

“Na véspera do drama, trabalhadores constataram fissuras nas paredes, através das quais “se podia passar as mãos”, conforme contou um dos sobreviventes. Cinco fornecedores de marcas ocidentais trabalhavam no imóvel, mas apenas alguns gerentes aceitaram que o prédio fosse evacuado. Três dos nove andares tinham sido construídos ilegalmente pelo proprietário, um político local, que no dia da catástrofe, fugiu”.

Apesar dessas providências e da tomada de consciência dos riscos ambientais do trabalho, assim ficou a situação do setor, segundo *Amin Amirul Haque*, secretário geral da Federação Nacional dos Operários da confecção (NGWF), a maior federação sindical do setor no país:

“Depois dessa catástrofe, mas também desde o incêndio de Tazreen em 2012, que fez mais de 100 vítimas, nós observamos progressos em três direções: o salário mínimo mensal passou para 60 euros, o que correspondeu a um aumento de mais de 70%. A lei do Trabalho que rege o Direito do Trabalho, foi também modificada em 2013, e a partir de então, se 30% dos assalariados se reúnem, um sindicato pode ser criado numa empresa, sem ter que obter autorização do proprietário. O número de sindicatos subiu para mais de 400.....Além disso, as primeiras negociações coletivas já ocorreram em algumas delas”.

Em destaque, a Revista noticia ainda outra declaração de *Amin Haque*:

“Le salaire minimum (60 euros) ne suffit pas à la survie des ouvriers”, (O salário mínimo não é suficiente para a sobrevivência dos operários).



Operária do setor têxtil de Dacca, Bangladesh.
(Fonte: *Revue Santé & Travail*, n. 92, oct. 2015, Capa).

Trata-se do exemplo emblemático de uma tragédia do século XXI, envolvendo trabalhadores, cujas oportunidades no mercado produtivo decorreram da internacionalização financeira.

Segue a descrição de outro evento, do séc. XVIII, na época da primeira Revolução Industrial.

Trata-se da matéria **“L’Explosion de la Poudrerie de Grenelle em 1794”,** (A Explosão da Fábrica de Pólvora de Grenelle, em 1794), publicada na *Revue Santé & Travail* (n 89, jan. 2015, p. 50- 51), de autoria de *Thomas Le Roux*:

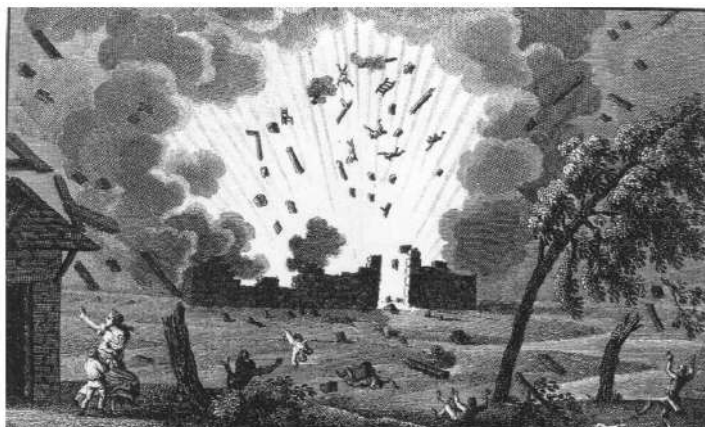
“No dia 31 de agosto de 1794, a fábrica de pólvora de *Grenelle*, situada em Paris, perto da Escola Militar e do Campo de Marte explode: foi o mais grave acidente industrial da história da França e causou 1 600 vítimas, das quais 550 morreram. Não foi divulgado (p. 50). A existência de uma fábrica de pólvora na capital francesa decorreu da política de militarização do regime republicano.... Com efeito, diante da ameaça de invasão da França por exércitos aristocráticos estrangeiros, o governo revolucionário decidiu, em janeiro de 1794, concentrar em Paris, a fabricação de pólvora para artilharia (p. 50).

“A instalação da fábrica no castelo e fazenda de *Grenelle* se realizou com precipitação e, em desacordo com as medidas de segurança usuais, sendo a principal que se mantivesse longe das habitações. A partir de abril e apenas dois meses após, cerca de vinte oficinas eram construídas, nas quais diversos operários trabalhavam desde a madrugada até o pôr do sol (p. 50). “Com capacidade para acolher inicialmente 700 trabalhadores, a fábrica acaba abrigando não menos que 1 500...A usina tornou-se gigantesca De fato, durante o verão de 1794, mais de 30% de toda a produção francesa de pólvora saía dessas oficinas. O Comitê de Salvação pública fazia pressão para produzir sempre mais. Vários acidentes menores alertavam as autoridades do risco de explosão: na noite de 20 a 21 de agosto, a grande refinaria de salitre estabelecida na abadia de *Saint-Germain-des-Près* era atingida por chamas (p. 50).

“No dia 31 de agosto, antes que qualquer medida fosse tomada, a fábrica de pólvora explode, em horário próximo das 7 horas da manhã. A repercussão da explosão foi fenomenal: numa fração de segundo, o volume da pólvora preta multiplicou-se.....e a bola de fogo, devido à combustão atingiu uma temperatura de 1 600 graus C e provocou uma pressão elevada, enquanto a onda de choque se deslocou a uma velocidade de 400 m/s. O ensurdecedor foi ouvido até *Versailles e Gonesse*” (p. 50).

5. A nova onda da economia sustentável

Os trabalhadores poderiam usar o *status* de parceiros sociais do capitalismo, visto que o capital depende de sua força de trabalho para crescer, e colocar-se em cena, a fim de, corajosamente, discutir em nível de igualdade jurídica, a necessidade de um novo acordo social e produtivo. O Direito do Trabalho poderia ser o instrumentalizador dessa nova postura.



Não é possível manter a contradição de proteger a água, o solo, os animais, o ar, o patrimônio natural e histórico, e jogar para a pobreza, o desemprego, a doença e enfim, para a exclusão social, a pessoa humana do trabalhador, que é o centro desse ambiente natural e integrante do cenário econômico-sócio-cultural... E com o passar dos séculos, assistir uma degradação de sua situação e a de sua família.

É a hora do “basta” e de mudanças dos paradigmas jurídico-político-social-trabalhista-capitalista.....”*Quo usque tandem abutere, patientia nostra?”*

6. Uma homenagem

Para finalizar, apresenta-se na íntegra a dedicatória do autor Jacques Cotta, expressa no livro *7 Millions de Travailleurs Pauvres, La Face Cachée des Temps Modernes* (2006, p. 8):

“Aux travailleurs pauvres des temps modernes, ceux que l’on côtoie sans les voir, les mal payés, les mal logés, les mal nourris, les précaires, les méprisés... À tous ceux-là, parfois désespérés, souvent désemparés, mais toujours d’une grande dignité dans leur quête de droits et de justice sociale”. (Aos trabalhadores pobres dos tempos modernos, aqueles com quem a gente esbarra, sem vê-los, os mal pagos, os mal alojados, os mal alimentados, aos precários, aos menosprezados.... A todos aqueles, às vezes desesperados, frequentemente desamparados, mas sempre mantendo uma grande dignidade na sua busca de direitos e de justiça social).

Referências bibliográficas

BARTHÉLEMY, Jacques; CETTE, Gilbert. **Refonder le Droit Social. Mieux Concilier Protection du Travailleur et Efficacité Économique**. Paris: La Documentation Française, 2010.

BAUDELOT, Christian. **Travail et Classes Sociales: La Nouvelle Donne**. Paris: Éd Rue d'Ulm, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 15.

BOFF, Salete Oro. Novas Tecnologias e Relações de Trabalho: Aportes Iniciais. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre: Magister, n 51, p. 56-72, nov dez 2012.

BRUNO, d'Alain; ELLEBOODE, Christian. **Dictionnaire d'Économie et de Sciences Sociales**. 2. Ed. Paris: Ellipses, 2010.

COSTA, Luciano Martins. **O Mal Estar na Globalização**. São Paulo: A Girafa, 2005.

COTTA, Jacques. **7 Millions de Travailleurs Pauvres. La Face Cachée des Temps Modernes**. Paris: Fayard, 2006.

DEJOURS, Christophe. La Coopération permet de transformer le travail. **Revue Santé & Travail, Paris**, n 90, p. 58, avr. 2015.

DESCARTES, René. **Discours sur la Méthode**. Paris: Éd Librairie Philosophique J. Vrin, 2005.

FAYNER, Elsa. L'Envers du "Made in Bangladesh". **Révue Santé & Travail**, Paris, n. 92, oct. 2015.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GERMAY, Nicolas de. **Mondialisation Un Autre Regard**. Paris: Nouveau Monde, 2010.

GONÇALVES, Williams. **Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GUIMARÃES, Nadya Araujo; HIRATA, Helena; SUGITA, Kurumi (organizadoras). **Trabalho Flexível, Empregos Precários?** São Paulo: Edusp, 2009.

GUINCHARD, Serge; DEBARD, Thierry. **Lexique des Termes Juridiques**. 21. Ed. Paris: Dalloz, 2014.

HOBSBAWN, Eric. **Como Mudar o Mundo**. São Paulo: Cia das Letras, 2011, 2ª reimpressão.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos - Uma História**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

IANNI, Octávio. **Teorias da Globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

LE ROUX, Thomas. L'Explosion de la Poudrerie de Grenelle, em 1794. **Révue Santé & Travail**, Paris, n. 89, jan. 2015.

MELLO, Leonel Itaussu A; COSTA, Luís Cesar Amad. **História Moderna e Contemporânea**. 7. ed. São Paulo: Scipione, 1991.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014
_____. **Le Capital au XXI Siècle**. Paris: Éd. Seuil, 2013 p. 942.

PISTORI, Gerson Lacerda. **História do Direito do Trabalho Um Breve Olhar Sobre a Idade Média**. São Paulo: LTR, 2007.

RIFKIN, Makron. **O Fim dos Empregos**. São Paulo: Makron Books, 1995.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. 7. Ed. São Paulo: Best Seller, 2001.

SINGER, Paul. **Globalização e Desemprego Diagnóstico e Alternativas**. 4. Ed. São Paulo: Contexto, 2000.

SOUTO, Daphnis Ferreira. **Saúde no Trabalho: Uma Revolução em Andamento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2011.

STANDING, Guy. **O Precariado A Nova Classe Perigosa**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. **The Price of Inequality**. New York: W.W. Norton, 2012.

_____ **O Mundo em Queda Livre.** São Paulo: Cia das Letras, 2010.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia.** 3. ed. 9. Tiragem. Rio de Janeiro: Campus e Elsevier, 2003.

TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda.** 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

TURRER, Rodrigo. “Cabe aos governos combater a desigualdade”. **Revista Época**, São Paulo, fev. 2016.

ZANELLI, José Carlos e colaboradores. **Estresse nas Organizações de Trabalho.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

ZOLA, Émile. **Germinal.** Paris: GF-Flammarion, 1968.

"La interpretación de las cláusulas en los negocios comerciales en Roma y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina"¹

Por la Profesora Mirta Beatriz Alvarez²

I. Introducción

Como ha sostenido Fadda³, no debemos creer que en Roma se había desarrollado un "Derecho Comercial", sino que nos debemos contentar con indagar de qué manera el Derecho Romano había previsto en sus distintas etapas de desarrollo, y por la necesidad del comercio, normas que nos permiten comprender y enseñar la disciplina en la actualidad^{4 5}.

Con relación a la interpretación de las cláusulas en los negocios comerciales en Roma, el *favor debitoris* es una regla de interpretación de las cláusulas con-

1 El presente trabajo se desarrolla en el marco del Proyecto de Investigación "Una mirada romanista al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" D 001, que la autora de la presente comunicación dirige en la Universidad de Flores.

2 Profesora Titular Regular Ordinaria de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesora Titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Investigadora Categorizada UBA. Directora de Carrera de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores. Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Romano.

3 FADDA, C., *Istituti Commerciali del Diritto Romano*, Napoli, Jovine Editore 1987, p. 5

4 GARCIA GARRIDO, M., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Madrid, Dykinson S.L. 2001: "Algún autor destaca una serie de paralelismos entre el sistema moderno y el romano, como serían el cruce entre conducción política y realizaciones bancarias, el planteamiento consumístico de los recursos, y el sustancial liberalismo del estado en relación con el crédito, debido a factores económicos, sociales y culturales en muchos aspectos análogos".

5 CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002 p. 12 manifiestan que es preferible hablar, más que de un derecho comercial romano unitariamente entendido, de una historia de la disciplina romana del comercio.

tractuales, que en caso de duda, o si resultan vagas o ambiguas, determina que éstas deban interpretarse en contra del que las dispuso (del predisponente).

En la presente comunicación, analizaremos la interpretación de las cláusulas en los negocios comerciales en Roma, especialmente receptadas en la compilación justiniana, para arribar a las reglas de interpretación reguladas en los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el 1º de agosto de 2015.

II. *Favor debitoris*⁶. Fuentes

Dentro de las enunciaciones más genéricas, en las fuentes justinianas, y específicamente en el Digesto⁷, encontramos las siguientes:

D. 50, 17, 56 aplicación de la ley más benigna

Gayo: “En los casos dudosos se ha de preferir siempre lo más benigno”.

D. 50, 17, 192, 1

Marcelo: “En los casos dudosos no solamente es más justo, sino más seguro, atenerse a la interpretación más benigna”.

D. 50, 17, 90

Paulo: “Ciertamente que en todos los casos, pero principalmente en los de derecho, se ha de atender a la equidad”.

D. 50, 17, 9

Ulpiano: “en las cosas oscuras, nos atenemos siempre a lo que es menos”.

D. 50, 17, 200

Javoleno: “se ha de elegir lo que tenga menos injusticia”.

Los fragmentos citados precedentemente corresponden al Libro 50 Título 17 del Digesto que se denomina “De las diversas reglas del Derecho antiguo”. Justiniano, el emperador que ordenó la recopilación, y la comisión redactora,

6 PUGLIESE, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Editore 1991, p. 876: “Un carattere infine, che si manifestò all’inizio del sottoperiodo medio postclassico (da Costantino in poi) e fu successivamente conservato, è costituito dalla tendenza a mitigare il rigore del diritto nei confronti dei debitori e a proteggerli dagli abusi dei creditori. Si può parlare in proposito de “*favor debitoris*”, sia come criterio di interpretazione e applicazione del diritto vigente, sia come motivo ispiratore di riforme”.

7 En todas las citas de fuentes del Digesto se ha utilizado la Traducción de ILDEFONSO GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892 primera edición, reeditado por Editorial Lex Nova, Valladolid, 1988.

ubicaron en este libro y título, diversas reglas emanadas de juristas del período clásico, con el claro propósito de demostrar que aún se consideraban vigentes.

También encontramos otros fragmentos ubicados en distintas partes del Digesto, tal como, por ejemplo el fragmento D. 28, 4, 3, referido a “De lo que se borra, se tacha, o se sobreescribe en un testamento” y que se atribuye al jurista Marcelo: (solución más benigna en el testamento).⁸

Todos los fragmentos citados vienen a significar que, en caso de duda acerca del contenido de una cláusula de un negocio jurídico, hay que atenerse al supuesto menos gravoso para el deudor.

Con respecto a temas más específicos, dentro de la perspectiva contractual, podemos citar un fragmento de Ulpiano, D. 50, 17, 34 (atenerse a lo pactado, a la costumbre de la región, suma reducida o menor importe)⁹.

Cuando se trata de interpretar el contenido de un contrato, hay que atenerse en primer lugar a lo que se pactó, y si no apareciera claro lo que las partes esti-

8 Digesto 28, 4, 3, Marcelo: “Hace poco que un caso de conocimiento del Príncipe, habiendo tachado uno de los nombres de los herederos, y siendo reivindicados sus bienes por el fisco como caducos, se dudó mucho tiempo respecto a los legados, y principalmente respecto a los legados que habían sido dejados a aquellos cuya institución había sido tachada; y juzgaban los más, que también los legatarios debían ser excluidos, lo que decía yo que ciertamente se debería hacer, si hubiese cancelado toda la escritura del testamento; algunos opinaban, que de derecho se invalidaba lo que hubiera sido tachado pero que debía ser válido todo lo demás. Luego, ¿qué se dirá, acaso que se puede creer a veces que el que había tachado los nombres de los herederos había juzgado que él conseguiría lo bastante para hacer que quedase intestado? Pero en caso de duda no es menos justo que seguro seguir la interpretación más benigna. He aquí la sentencia del emperador Antonio Augusto, siendo cónsules Prudente y Polión: <<Como quiera que Valerio Nepote, habiendo cambiado de voluntad, haya abierto su testamento, y tachado los nombres de los herederos según la Constitución de mi Divino padre no parece que esa herencia les pertenece a los que hubieren sido instituidos>>. Y a los abogados del fisco les dijo: << vosotros tenéis vuestros jueces>>. Vivio Zenón dijo: << te ruego, señor Emperador, que me oigas con paciencia; ¿qué determinarás respecto a los legados?>> Antonio César dijo: <<te parece que quiso que valiese su testamento el que tachó los nombres de los herederos?>> Cornelio Prisciano abogado de Labeón, dijo: << tachó solamente los nombres de los herederos>>. Calpurnio Longino, abogado del fisco, dijo: << no puede ser válido testamento alguno que no tiene heredero>>. Prisciano dijo: << manumitió a algunos, y dio legados>>. Cuando retirados todos hubo deliberado Antonio César, y mandado que de nuevo se recibiera a los mismos, dijo: << el caso presente parece que admite más humana interpretación, para que juzguemos que Nepote quiso que fuese írrito solamente lo que tachó>>. Tachó el nombre del esclavo, que había mandado que fuese libre; Antonio respondió por rescripto, que aquel, sin embargo, debía ser libre, lo cual ciertamente lo determinó a favor de la libertad”.

9 Digesto 50, 17, 34: “En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a lo que se trató; o, si no apareciera lo que se trató, será consiguiente que nos atengamos a lo que es frecuente en la región en que se trató. Luego ¿qué se dirá, si no apareciera costumbre de la región, porque hubo diversidad? La suma ha de ser reducida al que sea su menor importe”.

pularon, se debe estar a lo que resulta costumbre en la región donde se contrató, y si ésta no se da, comienza a jugar el *favor debitoris*: la suma resultante será reducida al menor importe.

La interpretación más benigna en cuanto a las sumas se refleja en un fragmento del jurista Paulo en D. 45, 1, 83, 3¹⁰ (hay que estar a la menor).

En otras situaciones, la duda puede surgir con relación al plazo de cumplimiento de la obligación. Así, Pomponio, en D. 45, 1, 109¹¹ (con respecto al plazo, se debe considerar el más lejano y en cuanto al monto, el menor). El mismo argumento se encuentra recogido por Ulpiano en D. 50, 17, 17¹², con especial referencia a las estipulaciones (cuando en el testamento se expresa tiempo, éste es siempre a favor del heredero). El mismo jurista en D. 45, 1, 41, 1¹³, nos indica que la inclusión del plazo es a favor del demandado (reo).

En todo negocio jurídico es menester distinguir entre la declaración de la obligación y su liberación. En el supuesto de la obligación, en caso de duda, se debe favorecer más su negación que su afirmación.

Por el contrario, tratándose de la liberación, en caso de duda, se debe afirmar más que negarla. Así, Paulo en D. 44, 7, 47¹⁴, desde una perspectiva más general del *favor debitoris*, establece que siempre que existan dudas sobre si un individuo se ha liberado de una obligación, y esta duda no pudiera resolverse por otros criterios de interpretación, se deberá optar por el presunto cumplimiento de la obligación.

10 Digesto, 45, 1, 83, 3: "Diversa cosa es respecto a las sumas, por ejemplo: "¿prometes que se darán diez o veinte?", porque en este caso, aunque hubieres prometido diez, se respondió convenientemente, porque tratándose de sumas se considera siempre que se promete la que es menor".

11 Digesto, 45, 1, 109: "Si yo hubiere estipulado así: "¿darás diez o quince?" se deben diez; igualmente, si de este modo: "¿los darás después de uno o dos años?" se deberán después de dos años, porque en las estipulaciones se observa que se considera que se comprendió en la obligación lo que fuese menos y lo que fuese más lejano".

12 Digesto, 50, 17, 17: "Cuando en el testamento se expresa tiempo, se ha de creer que se expresó a favor del herederos, a no ser que haya sido otra la intención del testador, así como en las estipulaciones se añade tiempo a favor del que promete".

13 Digesto 45, 1, 41, 1: "Mas cuando en las obligaciones no se pone día, se debe el dinero en el día presente, a no ser que el lugar expresado requiera un espacio de tiempo para que se pueda llegar a él. Mas el día expresado hace que no se deba el dinero en el día presente. De lo cual aparece que la agregación de día es a favor del reo, no del estipulante".

14 Digesto, 44, 7, 47: "Dice Arriano que hay mucha diferencia si preguntas si uno se obliga, o si uno se libera. Cuando se pregunta respecto a la obligación, debemos estar más propensos, si tuviéramos ocasión, para negar; y por el contrario, cuando respecto a la liberación, has de ser más fácil para la liberación".

Por el contrario, si la duda existe acerca de la propia existencia de la obligación, ante la imposibilidad de interpretar válidamente su constitución, se deberá decidir por su no nacimiento.

Con relación a la interpretación, Ulpiano en D. 45, 1, 38, 18, establece que en caso de duda sobre lo que se ha indicado entre las partes en las estipulaciones, las palabras deberán interpretarse en contra del estipulante. En términos similares se expresa Celso en D. 34, 5, 26 (la ambigüedad debe interpretarse en contra de quién estipula).

El mismo jurista Celso en D. 45, 1, 99 pr.¹⁵, establece que si existen dudas acerca de las palabras expresadas por las partes, éstas deben interpretarse a favor del que se compromete. Como contrapartida, todo lo que tienda a hacer más estricta la obligación, se entenderá como omitido.

Hasta aquí los pasajes del Digesto citados se refieren al *favor debitoris* que tiene su fundamento en la *stipulatio* romana, por medio de la cual, el acreedor formulaba la interrogación, debiendo el deudor contestar y someterse a lo que el acreedor había preguntado. Por consiguiente, era justo que, en caso de duda acerca de la interpretación, la presunción debía ser a favor del deudor, pues le correspondía al acreedor formular la interrogación en la forma más clara posible¹⁶.

En las citas que daremos a continuación, la protección se da a la parte más débil del contrato, y en el propio Digesto ya encontramos presunciones acerca de cuál se considera la parte más débil.

Con respecto a los pactos añadidos a un contrato, Paulo en D. 50, 17, 172 pr.¹⁷, establece que cuando exista ambigüedad en un pacto agregado a un contrato de compraventa, éste debe ser interpretado en contra del vendedor. Flo-

15 Digesto, 45, 1, 99, pr.: “Todo lo que tiene por objeto restringir la obligación se ha de considerar que se omitió, si no se expresa claramente con las palabras; y de ordinario lo interpretamos a favor del que promete, porque el estipulante fue libre para emplear con latitud las palabras. Y a su vez tampoco se ha de tolerar al que promete, si a él le interesara acaso que se haya tratado más bien de ciertos vasos, o esclavos”.

16 TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 358, sostiene: “En el campo de la *stipulatio* prevaleció como criterio subsidiario la interpretación *contra stipulatorem*, dicho desde otro punto de vista, *favor debitoris*. Si el estipulante expresaba en la interrogación el contenido y las modalidades de la prestación mientras que el promitente se limitaba a asentar, se entendió que debía protegerse en mayor medida al promitente, y de ahí la regla *ambiguitas contra stipulatorem* (Celso, D. 34 5, 26; Ulpiano, D. 45, 1, 38, 18)”.

17 Digesto, 50, 17, 172 pr.: “En la contratación de una venta el pacto ambiguo ha de ser interpretado contra el vendedor”.

rentino, en D. 18, 1, 43, ²¹⁸, también con particular atención al comprador. No se trata aquí de cláusulas ambiguas, sino que trata el caso en que el vendedor, en forma intencionada y dolosa, habla con oscuridad o tratando de disimular, razón por la cual se lo sanciona.

Paulo, en D. 18, 1, 21, establece el principio más favorable al comprador, de la siguiente manera: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto mas bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiere expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

Estas citas se refieren específicamente a la compraventa, mientras que Papiniano, en D. 2, 14, 39¹⁹, se pronuncia genéricamente en la interpretación que sea más favorable a la parte considerada más débil, estableciendo que un pacto oscuro o ambiguo perjudica al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato.

Paulo nos ofrece una solución similar en D. 18, 1, 21²⁰, en el caso en que no sea posible determinar el contenido de un pacto, se deberá interpretar tomando en consideración que, si se produce algún perjuicio, éste debe recaer sobre la parte más fuerte del contrato, en el vendedor en la compraventa y en el arrendador en la locación.

En síntesis, se reconoce como la parte más débil del contrato aquella que debe hacer entrega del dinero, y como tal, el *favor debitoris* tiende a protegerla²¹.

18 Digesto, 18, 1, 43, 2: “El vendedor debe responder de que no hay en él dolo malo; el cual se halla no solamente en aquel que para engañar habla con oscuridad, sino también en el que insidiosamente y con oscuridad disimula”.

19 Digesto, 2, 14, 39: “Parece bien a los antiguos, que un pacto oscuro o ambiguo perjudique al vendedor, y al que arrendó, en cuya potestad estuvo consignar más claramente la ley del contrato”.

20 Digesto, 18, 1, 21: “Escribió Labeón, que la oscuridad de un pacto mas bien debe perjudicar al vendedor, que lo hubiese expresado, que al comprador, porque pudo, estando íntegro el negocio, expresarlo con más claridad”.

21 TORRENT, op. cit., p. 358 afirma: “En Derecho Postclásico se entendió que el deudor por el solo hecho de estar gravado con la obligación de cumplir con la prestación, debía beneficiarse de la *ambiguitas* que pudiera haber en el negocio. Este *favor debitoris* es llamado también *favor promissoris*, que parte del dato que las cláusulas han sido puestas por el estipulante, de donde el promitente debe ser protegido de esas cláusulas que consiente *per adhesionem* sin considerar las posibles insidias que pudieran contener. Estos principios se extendieron a la venta y al arrendamiento a favor de comprador y arrendatario (Ulpiano, D. 45, 1., 38, 18; Pomponio, D. 18, 1, 33, Paulo, D. 50, 17, 172 y sobre todo Papiniano D. 2, 14, 39), de manera que en los casos dudosos los acuerdos debían interpretarse *contra venditorem* y *contra locatorem*”.

III. La recepción en el Código Civil de Vélez Sarsfield y en el Código de Comercio

Como no lo hicieron los romanos, tampoco en la legislación comparada se ha desarrollado una teoría general del principio de *favor debitoris*, sino que encontramos una abundante casuística que, en forma indirecta, se hace eco de la vigencia del principio favorable al deudor ó a la parte más débil, en la interpretación de los contratos.

Ya en Partidas 7, 33, 2 *in fine*²² observamos una ley que recuerda el contenido del fragmento del jurista Ulpiano en D. 50, 17, 34.

Como ya hemos manifestado, el origen de la interpretación a favor del deudor, surge de la *stipulatio* romana, donde el acreedor fijaba las pautas, ya que le correspondía la iniciativa en la declaración contractual, y el deudor se limitaba a asentir. Por tal motivo, si el acreedor no había sido claro, las dudas debían interpretarse en su contra.

La Ley General de Defensa del Consumidores y Usuarios de España sancionada en 1984, en su art. 10.2.II., con particular atención a los contratos de adhesión, define la denominada regla “*contra proferentem*” con una doble finalidad: equilibrar la relación contractual distribuyendo adecuadamente los riesgos de ambigüedad en la declaración, y estimulando al acreedor (en los casos de contratos de adhesión, predisponente) a expresarse con claridad, y, en su caso, sancionándole con los efectos negativos de las cláusulas. El efecto de esta normativa es que, en caso de duda, se debe elegir la solución más beneficiosa para el consumidor.

En el Derecho Argentino, encontrábamos el *favor debitoris* consagrado expresamente en el Código de Comercio (recientemente derogado), en el art. 218 inc. 7º, que se refería a la interpretación a favor del deudor en el sentido de la liberación. También el inc. 3º del mismo artículo, regulaba acerca de la interpretación de las cláusulas pronunciándose por la validez de las mismas.

Dentro de la normativa del Código Civil de Vélez Sarsfield, si bien el principio no se encontraba consagrado expresamente, podíamos encontrarlo en forma indirecta, como principio de interpretación en el art. 1198 1º parte, que resultaba concordante con el art. 533 (referido a la condición).

22 Partida 7, 33, 2: “... Y si alguna de estas razones el juez no pudiere mirar ni ver, entonces debe interpretar la duda contra aquél que dijo la palabra o el pleito oscuramente, a daño de él y a provecho de la otra parte”.

El art. 778 del mismo cuerpo legal establecía el *favor debitoris* en cuanto a la imputación de pago que realiza la ley, ante la falta de imputación por parte de acreedor y deudor.

Por otra parte, la protección a la parte más débil del contrato se podía encontrar en el art. 656, 2º parte, agregada por la reforma parcial del Código Civil por medio de la Ley 17.711, que autorizaba la reducción de la cláusula penal excesiva, y en la incorporación que la reforma de la ley citada, introducía en el art. 954 al tratar la lesión como vicio de los actos jurídicos, con una aplicación general.

Recordemos que Vélez Sarsfield en la nota al art. 943 del Código Civil, se opuso a la introducción de la lesión, fundándose en que las distintas legislaciones no la trataron en forma general y a que las partes deben ser responsables de sus propios actos, siendo el consentimiento prestado sin dolo o violencia, ley para las partes.

El excesivo liberalismo de Vélez no podía imaginar que las partes podían llegar a contratar en una posición desigual y que una de ellas podía aprovecharse de la otra. La reforma de la Ley 17.711 incorporó la lesión como vicio de los actos jurídicos en general (sin limitarla a un contrato en particular y sin tarificarla en cuanto a la magnitud, la que quedaba sujeta a la apreciación judicial). La lesión, introducida por la reforma, contemplaba tanto el elemento objetivo (la notable desproporción en las pretaciones), como el elemento subjetivo (la explotación de un estado de necesidad, ligereza o inexperiencia de la contraparte).

En las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste, y celebradas en la Ciudad de Corrientes, República Argentina, en 1985, las conclusiones de la Comisión nro. 2, con respecto al *favor debitoris*, fueron las siguientes:

- I.- La regla *favor debitoris* es un precepto residual, que debe ser entendido en el sentido de protección de la parte más débil en un contrato.
- II.- En caso de que en el contrato no exista una parte notoriamente más débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de las contraprestaciones.
- III.- La regla *favor debitoris* no se aplica a las obligaciones que tienen su origen en un hecho ilícito.

De *lege ferenda*: Recomendar la incorporación al Código Civil como principio, la protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor.

IV. Evolución normativa

El principio del *favor debitoris* en la legislación argentina, fue traspasando el límite del Derecho Privado para adentrarse en el Derecho Público, situación que se hizo más evidente con la reforma de la Constitución de la Nación Argentina en 1994 y la incorporación del art. 42, con la sanción de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y su modificatoria la Ley 26.361 y, también en virtud del contenido del art. 46 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que hace extensiva la protección de los consumidores a los usuarios de servicios públicos.

La protección se ha acentuado con las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado recientemente y que entró en vigencia el 1º de Agosto de 2015.

Cabe recordar la clásica noción de Ulpiano cuando dice que "el derecho público se refiere al estado de la cosa romana, mientras que el privado se refiere a la utilidad de los particulares", originando la distinción del derecho en dos grandes ramas: a) Derecho Público y b) Derecho Privado²³.

La definición de Ulpiano sigue inspirando en los tiempos modernos, una teoría muy difundida que sostiene la diferenciación entre el derecho público y el privado, en una contraposición entre el interés general y el particular o privado.

Sin embargo, en los últimos cien años del pensamiento jurídico, la clasificación se ha tornado más difusa, toda vez que existen normas o situaciones que no admiten tan tajante distinción. En efecto, el Estado, especialmente en situaciones de emergencia económica, se ha inmiscuido en la autonomía de la voluntad de los particulares modificando contratos, con sustento en el orden público o bien en el interés general (ej. contratos de alquileres, depósitos bancarios, hipotecas, etc.).

Por otra parte, como paradigma de lo antedicho, y por haberse dictado fuera de cualquier emergencia económica, tenemos la Ley de Defensa del Consumidor, en la cual el Estado ha regulado expresamente y con fines tuitivos la relación de consumo, precisando derechos de los consumidores con relación a los proveedores.

23 RINALDI, *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Edictum, Buenos Aires, 2007, p.150 los distingue de esta manera: "La expresión *ius publicum* tiene dos acepciones. Por un lado es el derecho emanado de los órganos estatales, es decir, el que proviene de la *lex*, de las constituciones imperiales o de los plebiscitos; y por otro es el derecho que tiene que ver con el funcionamiento y organización de lo que los romanos llamaban *Res publica* y que para nosotros sería –hoy– el Estado. *Ius privatum* es el que tiene que ver con el interés de los particulares, en contraposición con la segunda acepción de *ius publicum*".

No existe uniformidad en la doctrina privatista con respecto a dónde debemos incluir la ley de referencia, discutiéndose si pertenece al derecho civil o al comercial o más aún, si la misma también integra el derecho administrativo. Como bien recuerda Mosset Iturraspe, son "los civilistas -ahora privatistas- quienes han asumido el tema del consumidor. Los comercialistas, al menos mayoritariamente, lo han dejado de lado, entendiendo que su lealtad es con el proveedor o comerciante"²⁴.

La circunstancia antedicha, como veremos, no resulta menor, toda vez que posee relación con la jurisdicción y competencia para resolver conflictos en los contratos de consumo, por ejemplo.

IV.1. Ley de Defensa del Consumidor 24.240

La Ley 24.240 denominada Ley de Defensa del Consumidor, fue sancionada con fecha 22 de septiembre del año 1993, promulgada parcialmente por parte del órgano ejecutivo mediante el dictado del dec. 2089/93, y posteriormente publicada en el Boletín Oficial con fecha 15 de octubre del mismo año. Todo ello, con anterioridad a que tuviera lugar la última enmienda a la Constitución de la Nación Argentina que, como bien se sabe, también ha contemplado en forma explícita al consumidor y al usuario en el art. 42 de su texto.²⁵

El criterio restrictivo impuesto por la Ley 24.240 en relación al concepto de *consumidor o usuario*, limitándolo exclusivamente al ámbito de la contratación, fue motivo de críticas por gran parte de la doctrina especializada.

Estas críticas se fundaban en el hecho que el virtual daño resultante de la mera introducción de productos o servicios en el mercado, o el producido por la exhibición de una publicidad desleal etc., cuando era ocasionado a quienes no hubiesen contratado a título oneroso, les imposibilitaba adquirir la categoría de consumidor, y por tanto ejercer un reclamo basado en la mencionada norma, lo que resultaba perjudicial para el damnificado.

La ley de Defensa del Consumidor 24.240 en su art. 37, establece el principio de interpretación más favorable al consumidor y cuando existieran dudas

24 ARIAS CAU., *Panorama General de la Ley 26.361*, Microjuris Argentina, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089

25 PINESE y CORBALAN, *Ley de Defensa del Consumidor (Legislación Comentada)*, Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, p.33

acerca de los alcances de la obligación, se estará a la que sea menos gravosa. Este principio se reafirma en el artículo 25 (incorporado por la Ley 26.361), que amplía la defensa a los usuarios de servicios públicos. “... En caso de duda sobre la normativa aplicable resultará la más favorable par el consumidor...”.

IV.2. Reforma constitucional de 1994

La posterior reforma de la Constitución Nacional de la República Argentina, en su art. 42 establece una noción mucho más amplia de consumidor y usuario, abarcando el *ámbito contractual* y el *extracontractual*, al hablar en forma genérica de *relación de consumo*, otorgándoles a aquéllos el derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativas y dignas.

Así, la reforma modificó la sustancia liberal de la Constitución originaria de 1853, e incluyó los derechos denominados como de tercera generación, como la protección al medio ambiente y el derecho al desarrollo²⁶. El art. 42²⁷ debe ser interpretado conjuntamente con el art. 43 y el art. 75 inc. 19 de la Constitución.

26 PINESE y CORBALAN, op. cit. p. 46 sostienen: “Como producto de dicha enmienda, cobró vida, entre otros, el art. 42, que en su texto abordó la problemática del consumidor y del usuario. De esta modo, la protección de éstos ingresó al texto de la norma fundamental, y fue receptada en una cláusula que integra el Capítulo II, de lo que usualmente se estila en denominar parte dogmática de la Constitución, y que se titula “Nuevos derechos y garantías”.

27 Art. 42 CN: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, a la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesario participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

Como señalan PINESE y CORBALAN, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, p. 152: “Tal como hemos auspiciado, usuarios y consumidores tienen derechos en común, los cuales se encuentran alojados en el primer y segundo párrafo del artículo comentado (42)”.

La reforma constitucional, en la opinión de María Angélica Gelli²⁸, se propuso entonces obtener tres propósitos: a) protección del consumidor; b) las garantías a los competidores y c) la transparencia del mercado.

En lo que nos interesa, la protección del consumidor comprende los derechos patrimoniales (seguridad de no sufrir daño; intereses económicos; la libertad de elección; trato equitativo) y los derechos personales (protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquélla o en la vida). Del texto expreso del art. 42 podemos enumerar, entonces, aquellos principios fundantes que deben regir en la relación de consumo, a saber: a) protección de su salud, seguridad e intereses económicos; b) información adecuada y veraz; c) libertad de elección; d) condiciones de trato equitativo y digno e) educación para el consumo.

IV.3. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. **Principios de fondo²⁹.**

El art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor, titulado “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia”, en el segundo párrafo dice: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor”.

a) Principio de información. Publicidad. (arts. 4 y 8, Ley de Defensa del Consumidor).

La reforma constitucional de 1994 incluyó expresamente como un derecho del consumidor el de obtener una “información adecuada y veraz”, con lo cual fijó el ámbito de aplicación de este derecho. El vocablo “adecuada” tiene relación objetiva y subjetiva, teniendo en cuenta los elementos técnicos del producto, bien o servicio ofrecido, y la calidad del interlocutor que recibe la información suministrada, respectivamente.

La finalidad de la norma, tiende a que se brinde al consumidor todo el conocimiento necesario para que su elección no se encuentre viciada de error, ma-

28 ARIAS CAU, *Panorama General de la Ley 26.361*, Microjuris Argentina, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089

29 CENTANARO y ELISSECHE, *La Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361*, Microjuris Argentina, 2008, MJ-DOC-3430-AR | MJD3430

nifestándose las virtudes y potenciales defectos del producto o servicio ofrecido, con relación a otros de similares características.

b) Principio de no discriminación. Trato digno (art. 8 bis, Ley de Defensa del Consumidor)

El art. 42 de la Constitución Nacional establece como directiva, el trato digno de los consumidores, conjuntamente con los pactos internacionales que gozan de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, integrado en la reforma por la Ley 26.361.

La reforma de la ley 26.361 incorporó el art. 8 bis a la Ley de Defensa del Consumidor que es muy rico en consecuencias prácticas. Luego de reafirmar las condiciones de "atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios", se agrega que los proveedores "deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice".

En este artículo se establece el principio de no discriminación entre consumidores nacionales o extranjeros, debiendo cualquier excepción a dicho principio ser "autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundada".

c) Principios de interpretación. Cláusulas abusivas (arts. 3, 37 a 39, Ley de Defensa del Consumidor)

Las cláusulas abusivas son definidas como "aquéllas que, insertas en el marco de un contrato predispuesto por el proveedor o impuestas por éste a lo largo de la ejecución del contrato, menoscaben los derechos que la ley reconoce al consumidor, y/o cualquier otra que afecte el equilibrio de las prestaciones".

El art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor posee directivas de interpretación que se dirigen al Juez y son las siguientes: a) Validez del contrato: el contrato mantiene su validez, salvo en la cláusula calificada de abusiva y que se tendrá por no convenida; b) Interpretación: la interpretación deberá hacerse en el sentido más favorable al consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación se hará a favor de la menos gravosa; c) Violación del deber de buena fe en la etapa precontractual: cuando exista una violación al deber de buena fe (en la etapa precontractual o duran-

te su ejecución) o viole el deber de información, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

d) Principio de orden público (art. 65, Ley de Defensa del Consumidor)

La reforma no ha modificado la condición de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor.

Sin embargo, podemos destacar que el legislador ha tomado la decisión de técnica legislativa de considerar al denominado "Estatuto del Consumidor" con el carácter de orden público.

Las modificaciones que la Ley 26.361 introdujo a la Ley de Defensa del Consumidor se estipulan en este sentido: a modo de ejemplo, podemos referirnos a la modificación del art. 3, donde se pretende hacer hincapié, en la relación de consumo en coincidencia con el texto de la Constitución Nacional: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...". Este último también fue abordado con la introducción del art. 8 bis denominado "Trato digno"³⁰.

Con la nueva norma legal, se intenta otorgar un mayor equilibrio en las relaciones de consumo, y hacer a la vez efectiva la protección, que la Constitución Nacional ordena implementar en su art. 42.

En el ámbito local y de conformidad con las previsiones antes citadas, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³¹ sancionada en 1997, ha previsto en su art. 46 que "la Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios,

30 PINESE y CORBALAN, op. cit. p. 55: "Siguiendo a Laura Pérez Bustamante, auspiciamos la tesis de que los preceptos contenidos en el texto de la Ley de defensa del Consumidor ostentan carácter preventivo, protector y reparador" Preventivo: obligación de información y el correlativo derecho a ella (art. 5º y 6º). Protectorio: el objeto de la Ley consiste en la protección del consumidor o usuario (art.1º). Reparador: art. 10 bis (reconoce alternativas en caso de incumplimiento) y 40(establece sistema de responsabilidad objetiva y solidaria por daños derivados del vicio o riesgo de la cosa o la prestación del servicio".

31 PINESE y CORBALAN., op. cit. p. 43: "Si bien no desconocemos el difundido debate existente en torno a develar cuál es el verdadero estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, estimamos conveniente incluir la presente cláusula en este punto junto con los demás textos constitucionales provinciales".

asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. (...) Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos". La cláusula constitucional, entonces, coloca en cabeza de los órganos políticos de la Ciudad, la protección de derechos de los consumidores y usuarios. Nótese que expresamente el art. 80 de la Ley Suprema local, en su inc.2, apartado g), determina la obligación de legislar en materia "de comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y del consumidor".

En síntesis: Las modificaciones a la Ley 24.240 planteadas mediante la Ley 26.361, intentan plasmar con aciertos y errores, el resultado de la experiencia acopiada tras quince años de su aplicación, receptando los avances doctrinarios y fundamentalmente jurisprudenciales con la intención de dar una respuesta adecuada a las nuevas realidades económicas.

De manera expresa, se incluyen nuevas formas de comercialización de ciertos bienes, tales como los llamados tiempos compartidos, cementerios privados y figuras afines.

Asimismo, con la nueva redacción del art. 1 que establece que "la presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios...", se incorpora el término "bienes" a los efectos de incluir distintos objetos a las relaciones de consumo, a saber: objetos materiales e inmateriales susceptibles de tener un valor, es decir las cosas, muebles e inmuebles, los derechos patrimoniales y los servicios, entre otros.

En el sentido de lo expuesto precedentemente, es menester resaltar que se incorporan como objeto de protección los contratos a título gratuito, eliminando el requisito de onerosidad.

IV.4. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Haremos unas breves referencias a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina sancionado por ley 26994 y vigente por ley 27.077 desde el 1º de Agosto del 2015.

Para Vítolo³², el Código es un Código en construcción, que no unifica el derecho civil y comercial, sino que es un cuerpo unificado que contiene normas de derecho civil y de derecho comercial. Y agrega "...tendremos que identificar cuáles son las normas mercantiles, cuáles son las normas civiles y tendremos que buscar la interpretación a los nuevos órdenes de prelación que el Código establece en materia normativa".

Favier Dubois (h) cuestiona si con este Código, el Derecho Comercial subsiste, y si subsiste, en qué condiciones lo hace. Señala que el artículo clave es el artículo 320, que habla de las personas obligadas a llevar contabilidad. Para el citado autor, empieza a aparecer un nuevo derecho comercial, cuyo titular es la empresa o el empresario que desarrolla esta actividad organizada³³.

El Código dispone que "contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales" (art. 957), declarando en el artículo siguiente que "las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres" (art. 958). Estos artículos son completados por una acertada declaración sobre el alcance de la buena fe, que en el art. 961 dispone que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances a los que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor".³⁴

Pero el Código o sus redactores, conscientes tal vez de esa dificultad o acuciados por el tiempo, han contemplado una respuesta general, en virtud de la cual pasan a manos de los jueces que, en principio, son alertados que no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, lo que está en línea con los contratos clásicos- hoy denominados paritarios-, para agregar: "excepto que sea a pedido de una de las partes, cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuan-

32 Vítolo, D., *Presentación del Manual de Derecho Comercial dirigido por Eduardo M: Favier Dubois*, Revista Derecho Al Día Año XV Edición 266, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mayo de 2016, p.11.

33 Favier Dubois (h), E., *Presentación del Manual de Derecho Comercial dirigido por Eduardo M: Favier Dubois*, Revista Derecho Al Día Año XV Edición 266, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Mayo de 2016, p.11.

34 Marzorati, O., *Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual* Publicado en: LA LEY 07/04/2016, 07/04/2016, 1 - LA LEY2016-B, 1032 Cita Online: AR/DOC/525/2016

do se afecta de modo manifesto al orden público". Por ende, los jueces son los que -como intérpretes finales del orden público y también de cuándo éste queda afectado en forma manifiesta-, aún de oficio, pueden cambiar las estipulaciones de los contratos, no sólo de los contratos paritarios, sino tener por no escritas cláusulas abusivas o interpretar cláusulas ambiguas contra el predisponente.³⁵

Esas facultades judiciales se potencian cuando los contratos son de adhesión, que en el Código Civil y Comercial, a diferencia del proyecto de 1998, comprende no sólo a los contratos a los que una parte adhiere sin discutir, sino también aquéllos en los que sus cláusulas generales han sido unilateralmente predisuestas por la otra (agregando el código: "o por un tercero") sin que el adherente haya participado en su redacción. El art. 988 dispone que para este tipo de contratos no se deben tener por escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían los derechos del predisponente que resultan de normas supletorias, y c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Haremos una mención a las normas que han receptado la protección a la parte más débil, que ya se encontraban en el Código Civil Argentino y las incorporadas por la reforma parcial de la Ley 17.711.

Con respecto a la interpretación, se ha mantenido una redacción similar al art. 1198 1° párrafo del Código Velezano, en el actual artículo 1061.

El principio de conservación del contrato, previsto en el derogado art. 218 del Código de Comercio (inc. 3), deriva de su propia fuerza obligatoria e impide, en los casos dudosos, interpretar en contra de su validez, pues los contratos se hacen para ser cumplidos. Al respecto, el art. 1066 del nuevo ordenamiento prevé que "...si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato"³⁶.

Las cuestiones incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación que hacen al tema de este trabajo, se relacionan con la interpretación restrictiva en los contratos de consumo, en la regulación de los contratos de consumo

35 Ver nota 29

36 Di Chiazza, I. *La autonomía de la voluntad en los contratos de comercialización* Publicado en: LA LEY 27/04/2015, 27/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 1148 Cita Online: AR/DOC/697/2015

en la parte general de los contratos y en la definición de la cláusula abusiva y situación jurídica abusiva.

Uno de los miembros y Presidente de la comisión redactora, el Doctor Ricardo Lorenzetti³⁷, sostiene: "Por lo tanto, el esquema en materia de interpretación es el siguiente:

- Los contratos en general deben interpretarse de buena fe (art. 961).
- Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tienen un régimen especial (art. 987).
- Los contratos paritarios tienen las reglas generales de interpretación (arts 1061 y ss.).
- Los contratos conexos tienen una regla especial (art. 1074).
- Los contratos de consumo tienen sus propias normas (art. 1094 y ss.)."

Con relación a la interpretación restrictiva, el jurista sostiene que hay que atenerse a la naturaleza y finalidad del contrato. Por otra parte, el art. 1062 dispone: "Interpretación restrictiva. Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente".

Es por ello que la introducción en este tipo de contratos de una cláusula que pretenda circunscribir la labor del intérprete a la literalidad de los términos del documento a través del cual se formalizó la relación contractual, restando importancia a las otras circunstancias a tener en cuenta para una correcta hermenéutica de los mismos, sería inválida por ser contraria a los límites impuestos al principio de la autonomía de la voluntad (libertad contractual) por la ley y por el orden público de protección (art. 958)³⁸

37 LORENZETTI, *La interpretación de los contratos*, Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 191 Cita Online: AR/DOC/237/2015

38 Esborraz, D., *Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)* Publicado en: RCyS2014-VII, 15 Cita Online: AR/DOC/1896/2014

El Código establece en el art. 1063: "Significado de las palabras. Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato. Se aplican iguales reglas a las conductas, signos y expresiones no verbales con los que el consentimiento se manifiesta".

En materia de integración del contrato se dice (art. 964) que "El contenido del contrato se integra con: a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas; b) las normas supletorias; c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable".

Pero uno de los aspectos más innovadores del Código es la fractura del tipo general del contrato, ya que dedica un título a los contratos en general y otro título, a los contratos de consumo. Es un método único en el derecho comparado y tiene un impacto directo en materia de interpretación.

En la nota de elevación del Proyecto se explicita, luego de referirse a distintos criterios en la legislación comparada, que: "...en virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia.

Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo."

La cláusula abusiva como regla general, se encuentra tratada en el art. 1119, aunque también podemos hacer remisión a los arts. 985 a 988 que regulan los contratos de adhesión.

Con respecto a las prácticas abusivas, las normas son de aplicación general a toda persona expuesta a prácticas comerciales, que deben recibir un trato digno, equitativo y no discriminatorio y se garantiza la libertad de contratar.

La situación jurídica abusiva está definida en el art. 1120.

El Dr Lorenzetti en el trabajo citado³⁹ bajo el acápite 6), titulado “El principio *favor debitoris* y la equidad”, manifiesta: “El Código dispone (art. 1068): “Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes”.

Tradicionalmente se ha interpretado que cuando hay duda, se debe interpretar que una persona no ha querido obligarse, porque hay que respetar la libertad, siendo la obligación una excepción. Por esta razón, en el régimen anterior se decía que en caso de duda “las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación” (art. 218, inc. 7º, Cód. Com.), lo que ha sido entendido como protección de la parte más débil.

En la actual norma, se hace una distinción entre los contratos a título gratuito y los onerosos. En los primeros, es claro que debe buscarse el sentido menos gravoso al obligado, y de la menor transmisión de derechos. En cambio, en los onerosos, debe buscarse el mantenimiento de la equivalencia, el logro de la mayor reciprocidad y no la liberación simple.”

Sería ambicioso pretender hacer un análisis exhaustivo de la protección al más débil en el nuevo Código recientemente puesto en vigencia, simplemente y citando al Presidente de la Comisión Redactora y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nos hemos limitado a esbozar los aspectos más relevantes o novedosos, en especial, la división de los contratos en tres categorías: paritarios o de negociación individual, de adhesión y de consumo, cada tipología con su forma de interpretación.⁴⁰

- a) Las reglas de interpretación de los contratos paritarios se establecen en el artículo 961 ya transcripto, y se trata de una norma muy similar a las del art. 1198 del Código Civil derogado, sin embargo es más restrictiva, pues la anterior aludía a lo que las partes verosímilmente hubiesen entendido; es decir, alude a la formación del contrato y la nueva norma se refiere a las consecuencias del contrato.

39 Ver nota 28

40 Ghersi, C. y Weingarten. C, *Manual de Contratos Civiles. Comerciales y de Consumo*, Buenos Aires, 2015, 3ª edición actualizada, p.168 y s.

- b) Contratos de adhesión. El art. 987 dispone: “Las cláusulas ambiguas pre-dispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente. Ghersi⁴¹ sugiere que habría que agregar, que este criterio rige tanto para las cláusulas generales como para las particulares.
- c) Contratos de consumo: regidos por el artículo 1094 que establece: “Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre las interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

El siguiente artículo 1095 dispone: “El contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.” Ghersi entiende a que se alude a menos gravosa **para el consumidor**, y si es así, sugiere que debió haberse cortado la frase en el primer párrafo, ya que este segundo párrafo es realmente confuso o retrocede en la tendencia actual del derecho del consumo.⁴²

V. A modo de conclusión

El derecho en los últimos años del siglo XX en la República Argentina, sufrió cambios y transformaciones: se dictó la Ley de Defensa del Consumidor, se reformó la Constitución Nacional, se dictó la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se reformó la Ley de Defensa del Consumidor.

Por último, se ha aprobado y ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que nos propone un gran desafío: tenemos que trabajar para “construirlo” y desentrañarlo.

Como señala el Dr. Lorenzetti que “En los últimos treinta años del siglo XX, se decidió dar un paso más amplio en la protección.

Surgió la noción de consumidor que se relaciona con el acto de consumo, y no específicamente con la calidad de acreedor o deudor en una obligación, o con un contrato en particular.

41 Ver nota 40

42 Ver nota 40

El Código actual contempla dos tipos de tutelas contractuales, la referida a la adhesión, y la del consumidor”.

Pero es de resaltar, que el principio de la protección a la parte más débil que tiene su origen en el *favor debitoris* romano, sigue presente y fortalecido en la nueva legislación.

Se trata de una regla de interpretación de las cláusulas contractuales, que en caso de duda, o si resultan vagas o ambiguas determina que éstas deban interpretarse en contra del que las dispuso (del predisponente) y tiene su consagración en el derecho romano clásico, como lo testimonian gran cantidad de pasajes del Digesto.

Como sostiene el Profesor Guzmán Brito⁴³ “... pese a que los juristas romanos no hayan expresado alguna teoría sobre los principios del derecho, nosotros podemos suponer a priori que ellos desarrollaron su arte con base en ciertas ideas con carácter de principios, de las que extraían conclusiones específicas”.

El Nuevo Código Civil y Comercial contiene sutilezas que tienen relación con los grandes cambios de los últimos treinta años, nos hace replantear el Derecho Comercial en la Argentina actual⁴⁴, pero la esencia y el germen de la protección a la parte más débil sigue presente en la nueva legislación, y tiene su origen en el *favor debitoris* romano pues, como afirma el Profesor Rinaldi “los principios y fundamentos del Derecho de nuestros tiempos, están en el Derecho Romano, contribución invalorable de tantas generaciones de Iusromanistas al progreso y felicidad de género humano⁴⁵”.

Coincidimos con el Profesor Guzmán Brito⁴⁶ en sostener que “Sin principios que sustentaran su labor, los juristas romanos no hubieran sido más que unos modestos empiristas y jamás hubieran podido desarrollar la ciencia que crearon, de cuya superioridad es prueba la persistencia que la ha acompañado a través de los siglos”.

43 GUZMAN BRITO, *Los principios del Derecho y el Derecho Romano*, Conferencia inaugural de la “5ª Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los principios generales del Derecho”, publicada en las actas, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2014, p 9.

44 Ver notas 32 y 33.

45 RINALDI, *Prólogo de la publicación de las actas del “I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano”*, (en prensa). El evento tuvo lugar los días 31 de Octubre y 1º de noviembre de 2014 en la Universidad de Flores.

46 GUZMAN BRITO, op. cit. p. 29

Bibliografia

CERAMI, P.- PETRUCCI, A., *Lezioni di Diritto Commerciale Romano*, Torino, Giappichelli, 2002.

FADDA, C., *Istituti Commerciali del Diritto Romano*, Napoli, Jovine Editore, 1987.

GARCIA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto traducido al castellano del latino, Jaime Molinas Editor, Valencia, 1892, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1988.

GARCIA GARRIDO, M., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, Madrid, Dykinson S. L., 2001.

GHERSI, C. y WEINGARTEN. C, *Manual de Contratos Civiles. Comerciales y de Consumo*, Buenos Aires, 2015, 3º edición actualizada.

GUZMAN BRITO, A., *Los principios del Derecho y el Derecho Romano*, Conferencia inaugural de la 5ª Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los principios generales del Derecho, publicada en las actas, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2014.

PINESE y CORBALAN, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007.

PINESE, G. y CORBALAN, P., *Ley de Defensa del Consumidor (legislación Comentada)*, Buenos Aires, Cátedra Jurídica, 2009.

PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1991.

RINALDI, N. *Lecciones ampliadas de Derecho Romano*, Buenos Aires, Edictum, 2007.

RINALDI, N., *¿SON INMUTABLES LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO?*, en las actas de la Cuarta Jornada sobre Orígenes Romanísticos de los Principios Generales del Derecho, Buenos Aires, Universidad de Flores, 2013.

RINALDI, N., *Prólogo de la publicación de las actas del I Congreso de Principios Generales y Derecho Romano*, (en prensa). El evento tuvo lugar los días 31 de Octubre y 1º de noviembre de 2014 en la Universidad de Flores.

TORRENT, A., *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Edisofer, 2005, p. 358,

Artículos on line

ARIAS CAU, E., *Panorama General de la Ley 26.361*, Microjuris Argentina, 2008, MJ-DOC-4089-AR | MJD4089

CENTANARO, I. y ELISSECHE, A., *La Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor. Ley 26.361*, Microjuris Argentina, 2008, MJ-DOC-3430-AR | MJD3430

DI CHIAZZA, I. *La autonomía de la voluntad en los contratos de comercialización*
Publicado en: LA LEY 27/04/2015, 27/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 1148 **Cita Online:** AR/DOC/697/2015

ESBORRAZ, D., *Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales pre-dispuestas en el Proyecto de Código civil y comercial (algunas reflexiones comparativas con el derecho italiano)* **Publicado en:** RCyS2014-VII, 15 **Cita Online:** AR/DOC/1896/201

LORENZETTI, R., *La interpretación de los contratos*, **Publicado en:** Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 191 **Cita Online:** AR/DOC/237/2015

MARZORATI, O., *Necesidad de modificaciones al nuevo Código en materia contractual* **Publicado en:** LA LEY 07/04/2016, 07/04/2016, 1 - LA LEY2016-B, 1032 **Cita Online:** AR/DOC/525/2016

Revista

Derecho al Día, Presentación del manual de Derecho Comercial dirigido por Eduardo M. Favier Dubois (h), Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Año XV, Edición 266, Mayo 2016.

Mujeres víctimas de trata desde la perspectiva de los derechos humanos. Caso España

Raul Arturo Hirakawa Andia

“La trata de personas” en la realidad internacional es considerada una lacra criminal y se encuentra presente en el discurso de los Derechos Humanos ⁽¹⁾, alimentada desde la última década del siglo XX por la internacionalización de la economía, el comercio, los servicios y la información, llamada “globalización” ⁽²⁾ y de sus consecuencias son la gran diferencia existente entre países ricos, países muy pobres y países llamados en desarrollo, las guerras bélicas, la tecnología avanzada que simplifica los medios de transporte y por la generación de modelos políticos y administrativos que permiten la “convivencia” todavía con esta secuela considerada la esclavitud del Siglo XXI y que es aún inviable de erradicar.

La trata de personas se configurará con *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios*

1 () Entenderemos por Derechos Humanos todas aquellas facultades o prerrogativas que comportan toda y cada una de las personas humanas por el hecho de ser tales (y en algún supuesto de los pueblos, por estar compuestos de personas a las que éstos deben poder garantizar su desenvolvimiento como tales) cuyo respeto es exigible de todo Estado, de la Comunidad Internacional o de cada uno de sus congéneres y cuya garantía jurídica y material es exigible de los poderes públicos estatales y de los articulados por la Sociedad Internacional. Dichas facultades son por tanto, por definición, universales e inalienables.

2 () “...La Globalización tiene un impacto claramente diferenciado según género, de modo que las mujeres de los países pobres o periféricos son las principales perdedoras, resultado de la yuxtaposición de su posición subordinada en el sistema económico mundial y de su condición de mujer, en el contexto de las relaciones patriarcales”. PARELLA RUBIO, Sonia: “Repensando la participación de las mujeres en el desarrollo desde una perspectiva de género”. En Papers nº 69. Revista de Sociología. Editada por Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2003, p.32.

forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.” (3).

De la anterior definición, centraremos nuestro trabajo en una de las formas de la trata de personas: La trata de mujeres con fines de explotación sexual, considerada violencia sexual (4) es violencia de género, definida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Conferencia de Pekín, celebrada en Beijing en 1995, como *"cualquier acto de violencia basado en el sexo que dé lugar o pueda dar lugar a un perjuicio o sufrimiento físico, sexual o psicológico de las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de libertad, ya ocurran en la vida pública o en la privada"* (artículo 1º), y que conforme con las normas del derecho internacional de los derechos humanos los Estados deben *"proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares"* (5).

La trata con fines de explotación sexual, es consecuencia de la prostitución y se presenta básicamente en el colectivo de mujeres inmigrantes, existente por la demanda masculina sobre todo, quien paga por los servicios sexuales prestados, una relación de oferta y demanda en donde la mujer es objeto de mercancía de esta relación comercial. *"...El tráfico internacional de niñas y mujeres continúa,*

3 (i) Artículo 3º a) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), aprobado en New York, el 15 de noviembre de 2000. Ratificada por el Estado de España el 21 de febrero de 2002 (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 11 de diciembre de 2003). Su antecedente lo tenemos en la Convención Internacional Contra la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena (1949) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobada en Nueva York el 5 de noviembre de 2000.

4 (i) La Organización Mundial de la Salud define la violencia sexual como: *"todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo"*. En Organización Mundial de la Salud. Violencia contra la mujer: Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. Nota descriptiva N.º. 239. Actualización de septiembre de 2011. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2011.

5 (i) Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993 (artículo 4º c); Doc de la ONU: A/RES/48/104, Naciones Unidas, 23 de febrero de 1994.

cada vez más, en su auge prosperando a base de las desigualdades económicas entre los hombres y mujeres a todos los niveles y entre distintas regiones a nivel mundial. Nuevos países y regiones entran en el comercio sexual conforme se desvanece su riqueza, y donde hay un hombre pobre, más pobre se encuentra la mujer; de ahí que el tráfico de mujeres se convierta en un vil negocio rentable y la inmigración, como recurso, resulte un destino para la esclavitud sexual, sin olvidar los estragos del turismo sexual; escenarios todos ellos que conducen a uno: la prostitución, donde los actores que mantienen este mercado son los proxenetas y los clientes, este último invisibilizado alevosamente hasta tiempos recientes, porque no hay oferta sin demanda y es que cuando se habla de prostitución conviene precisar que mujer prostituida, es aquella que vive en una sociedad prostituyente, es decir, que posibilita que las mujeres se prostituyan y donde existen hombres que demandan esta prostitución.” (6).

El antecedente internacional de la lucha contra la trata con fines de explotación sexual lo tenemos en la Convención para la Supresión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949 y en vigor desde el 25 de julio de 1951, que sienta las bases para la defensa de la criminalización de cualquier persona o personas que inciten y faciliten la prostitución aún con el consentimiento de la mujer, poniendo de manifiesto que la prostitución es incompatible con la dignidad del ser humano, convirtiéndose en una cuestión de vulneración de los derechos humanos (7).

6 () MÉDICOS DEL MUNDO: *Debate sobre la prostitución y tráfico internacional de mujeres. Reflexiones desde una perspectiva de género*. Madrid, 2003, p.3.

7 () Preámbulo: “Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad,...”. Obligaba a los Estados partes en el Artículo 1º, “a castigar a cualquier persona, que para satisfacer las pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona. Entre otros Tratados y Convenios Internacionales que persiguen el comercio de mujeres y niñas para la prostitución, podemos mencionar: “... el Acuerdo Internacional de 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas y el Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas, modificados por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948; el Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños y el Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, modificados por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947; o el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Lake Success, Nueva York, 21 de marzo de 1950)”. En http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/planActuacion/planContraExplotacionSexual/docs/Plan_Integral_Trata_18_Septiembre2015_2018.pdf, p. 13.

En este punto, creo necesario hacer la diferencia de la trata con el tráfico ilegal de personas ⁽⁸⁾. Mientras que la trata puede producirse desde distintos lugares incluso en el mismo país, recurriendo los tratantes al engaño, amenaza o al uso de la fuerza en todas sus formas, siendo por ende el consentimiento de la víctima viciado; en el tráfico, la víctima otorga su consentimiento libre, sin coacción, y a sabiendas muchas veces de las condiciones peligrosas que significa para sus vida caer en la red de los traficantes y que en el caso de la inmigración siempre será transnacional, finalizando con la llegada de las personas traficadas a su destino muchas de ellas sin vida.

En el caso de las mujeres, que buscan salir de sus países de origen para conseguir un futuro mejor para ellas y los suyos, se convierten en carnazas para los traficantes, y una vez llegadas al país de destino están más predispuestas a ser víctimas de trata con fines de explotación sexual.

Respecto al término “víctima”, asumimos la definición establecida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abusos de Poder (A.1) ⁽⁹⁾, que se entiende “...a las personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder...”; y, que se complementa con el Estatuto de la Víctima del Delito, adoptado por el estado español mediante Ley 4/2015 de 27 de abril, que en su artículo 2º la define: “a) Como víctima directa, a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito. b) Como víctima indirecta, en los casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratare de los responsables de los hechos: 1.º A su cónyuge no separado

8 () Por «tráfico ilícito de migrantes» se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material, conforme con el Artículo 3º a) del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Inmigrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, aprobado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Ratificada por el Estado de España el 21 de febrero de 2002 (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de diciembre de 2003).

9 () Adoptada por la ONU, mediante Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2.º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.”

El estado español en el contexto internacional de la globalización se ve desbordado para hacer frente al delito de trata de mujeres con fines de explotación sexual, aplicando políticas muchas de ellas ineficaces en el ámbito administrativo, policial, judicial y social para erradicar este flagelo de carácter transnacional que acentúan las diferencias de género y desnaturalizan la diferencia sexual con el varón, siendo la mujer considerada una mercancía vulnerándose sus derechos humanos, y es el tema en el que nos centraremos en la presente investigación.

Con lo expuesto, podemos decir que la problemática viene determinada por lo siguiente: España como Estado miembro de las Naciones Unidas, desde el 14 de diciembre de 1955, interpreta las normas referentes a los derechos fundamentales y a las libertades de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado español ⁽¹⁰⁾. Sin embargo, en el terreno de la aplicación de su política y administración frente a la trata de mujeres con fines de explotación sexual se han detectado numerosas restricciones que configuran

10 () Los tratados internacionales esenciales ratificados por España para la actuación frente a la violencia sexual y prohibición de discriminación ratificados, son los siguientes: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Ratificado el 30 de abril de 1977); El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Aprobado y abierto a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966. Ratificado el 13 de abril de 1977); La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Ratificado el 5 de enero de 1984); La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) (Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Adhesión el 13 de septiembre de 1968); y, La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Ratificada el 9 de noviembre de 1987).

manifiestas transgresiones a los derechos humanos y en consecuencia los derechos fundamentales previstos en la Constitución española: El derecho a la dignidad (artículo 10º), derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 15º), y derecho a la libertad (artículo 17º); lo cual urge el estudio que permita identificar la trama causal de dichas disfunciones y conlleve a formular medidas alternativas legales a fin de solucionar la situación de aislamiento, desigualdad, segregación, inseguridad y consecuente peligro de sus vidas.

La trata de mujeres con fines de explotación sexual y la migración exterior.-

La trata de personas se sirve de la migración exterior, la misma que tiene su base en la migración internacional, que comprende el Derecho de Libre Circulación, Libre Tránsito y Residencia con una serie de restricciones por parte del estado receptor. Todos ellos derivados del derecho a la libertad y que se concibe desde el inicio de la Edad Moderna por clásicos como Francisco de Vitoria en el derecho de traslado permanente de residencia (*perigrinandi et illic degendi*) para hacer frente a la problemática que planteó el descubrimiento de América y luego la conquista por los españoles de estos pueblos (cultura inca y azteca). Melchor Cano y Diego de Covarrubias definen al derecho de migración como un simple “derecho de tránsito”. Hugo Grocio, al referirse al derecho de emigración, señala que se ejerce no por razones idealistas, sino objetivas y que, por ello, el ciudadano tendría derecho a salir siempre y cuando no perjudique a la colectividad ⁽¹⁾.

El Derecho de Gentes proporciona un antecedente al derecho de migración, que surge en Roma como resultado de la imposibilidad de poder celebrar negocios jurídicos (propios del “*ius civile*”) con los extranjeros que se hallaban en la órbita romana e incluso con los propios romanos para lo cual se valían de actos extensos de formalidad, diferentes al derecho civil propio. El “*ius gentium*” surgió así por el creciente aumento de las relaciones internacionales y de los problemas que éstos planteaban, y que nació como un derecho de los extranjeros y para los extranjeros en la medida en que sus mutuas relaciones transcurrían en el ámbito de Roma o con la participación de ciudadanos romanos.

11 () Véase a ZAPICO, Marcelino: *El Derecho de Migración*. Editorial O.P.E. Barriada y Vida, Madrid, 1961, pp. 53-76.

La incursión de la mujer en la realidad migratoria internacional fomentará la división sexual del trabajo ⁽¹²⁾ y como demandante de empleo se encontrará tanto en el ámbito familiar como en el laboral, más vulnerable a ser víctima de sufrir violencia en todas su formas como agresiones físicas, sexuales, psicológicas y económicas que denigran a la persona y todo por el hecho de ser mujer. *“La percepción de la condición femenina, con sus mitos y estereotipos, se proyecta sobre su vida privada y/o laboral, favoreciendo que las mujeres se encuentren en una situación de subordinación frente a sus compañeros masculinos y por tanto más proclives a sufrir violencia por el mero hecho de ser mujeres. Este hecho ha sido reconocido por la ONU como violación de los Derechos Humanos y se afirma que hunde sus raíces en la profunda desigualdad existente entre mujeres y hombres a lo largo de la toda la historia de la Humanidad.”* ⁽¹³⁾.

España desde la década de los años 80 del siglo pasado es un estado receptor de inmigrantes extracomunitarios, tales como los procedentes de América Latina (Perú, Brasil, Argentina, Paraguay, Ecuador, Bolivia, México, Chile, Colombia, etc), por el gran lazo cultural que los une; los inmigrantes procedentes de África (Nigeria, Marruecos, Guinea Ecuatorial, etc); de China (a finales del siglo XX) y desde primera década del siglo XXI inmigrantes provenientes de Rumanía y Bulgaria, considerados inmigrantes comunitarios desde la entrada de estos dos estados en la Unión Europea (1 de enero de 2007), que dio lugar a la entrada de muchos nacionales de esos países, sobre todo de mujeres.

En la mayoría de los casos las mujeres inmigrantes vienen acompañadas de sus hijos menores de edad, agravándose los problemas para ellas. Ingresan por los terminales de los aeropuertos o por las costas de las regiones de España (Andalucía, Valencia, Cataluña e Islas Canarias), utilizando embarcaciones inseguras llamadas cayucos o pateras para cruzar el mar y llegar a las orillas españolas, muriendo muchas en el intento, quedando los menores sobrevivientes a merced

12 () “La división sexual del trabajo es un fenómeno fácilmente observable, que se expresa en la concentración de las mujeres en las tareas de la reproducción en el ámbito doméstico y también en determinadas actividades y puestos dentro del trabajo remunerado, produciendo sistemáticamente diferencias salariales en detrimento de las mujeres.” E. GUINES, María: “División sexual del trabajo”. En <http://agendadelasmujeres.com.ar/notadesplegada.php?id=50>

13 () IBÁÑEZ MARTÍNEZ, M^a Luisa: “La violencia de género como máxima manifestación de la desigualdad entre mujeres y hombres: Retos para el siglo XXI”. En FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; DEL POZO PÉREZ, Marta; LEÓN ALONSO, Marta (Dirs.); GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena (Coord.): *Violencia de Género e Igualdad. Una cuestión de Derechos Humanos*. Editorial Comares S.L, Granada, 2013, p.175.

de la trata hasta que la administración española pueda hacerse cargo de estos menores no acompañados. Asimismo se dan situaciones del ingreso irregular de inmigrantes por Ceuta y Melilla (ciudades españolas en el norte de África), límite fronterizo con Marruecos, siendo el colectivo de mujeres inmigrantes en estas regiones, potenciales víctimas para la explotación sexual.

Las mujeres inmigrantes con hijos menores que ingresan en España de forma administrativa irregular, es decir sin una estancia de residencia legal en este país, son la población más vulnerable porque muchas de ellas, ante la desesperación de su situación y una posible expulsión del país tienen que aceptar las acogidas de las redes criminales de trata, aceptando todas las condiciones que les imponen e incluso, les roban a sus hijos en la mayoría de los casos para que ejerzan los servicios sexuales impuestos para los clientes demandantes, no sabiendo la suerte de sus menores hijos y que muchos de ellos pueden ser víctimas de estas redes para la demanda sexual de los pedófilos.

Los controles administrativos de la migración en las fronteras de España, apoyados por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, tienen como fin principal evitar el ingreso de la inmigración irregular, con la detención de estos inmigrantes para su posterior expulsión a sus países de origen, dejando de lado la atención y el drama de que pueden ser víctimas las mujeres inmigrantes con sus menores hijos que ingresan por sus fronteras, no existiendo un registro en el caso de las mujeres y de sus hijos ante la posibilidad de ser víctimas de trata, para su posible colaboración en denunciar a los tratantes, convirtiéndolas a muchas de ellas en víctimas invisibles.

Esto se refleja en los datos estadísticos de las personas víctimas de trata y en especial de las mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual, que difieren unas de otras entre las instituciones del Estado español y las organizaciones no gubernamentales (ONG), no existiendo datos específicos ciertos de las mujeres inmigrantes y nacionales víctimas de trata con fines de explotación sexual. Problema que es reconocido por el propio estado español: *“El estudio de la trata de seres humanos cuenta con un importante obstáculo, la obtención de datos fiables sobre sus dimensiones, la situación de sus víctimas o aspectos relacionados con la comisión del delito. Este obstáculo es consecuencia de la implicación en el delito de trata de seres humanos de estructuras delictivas complejas – incluso cuando el delito no es cometido por una red de delincuencia organizada - ubicadas, en la mayoría de los casos, en diferentes países, lo que genera situaciones que se desarrollan en un contexto transnacional y en la más absoluta clandestinidad. Lo anterior, unido*

a la vulnerabilidad de las víctimas, en su mayoría con una situación administrativa compleja, la desconfianza de éstas hacia las autoridades y su gran reticencia a denunciar o colaborar, obstaculiza la obtención de datos procedentes de las víctimas sobre su propia situación.” ⁽¹⁴⁾.

La información de datos estadísticos en Europa de este drama social, en particular, lo proporciona Eurostat (institución de la Unión Europea), que según su estudio, entre 2010 y 2012 se registraron más de 30.000 personas identificadas como víctimas de trata, lo que supone un incremento del 28% respecto al periodo 2008-2010. De ellas, el 69% con fines de explotación sexual. Un 17% tenía entre 12 y 17 años y un 2%, menos de 11. Mientras, en España, la Policía identificó entre abril de 2013 y diciembre de 2014 cerca de 11.000 víctimas potenciales de trata con fines de explotación sexual, modalidad que predomina tanto a nivel estatal como europeo. Diversos estudios apuntan, además, que el 80% de quienes ejercen la prostitución en España lo hacen contra su voluntad ⁽¹⁵⁾. La figura de la trata de mujeres con fines de explotación sexual tiene una estrecha relación con la migración exterior. Sin embargo con la crisis económica vigente en algunos países de Europa, como es el caso de España, existen muchas mujeres españolas también víctimas de estas redes con fines de explotación sexual, engañadas con promesas de un puesto de trabajo digno.

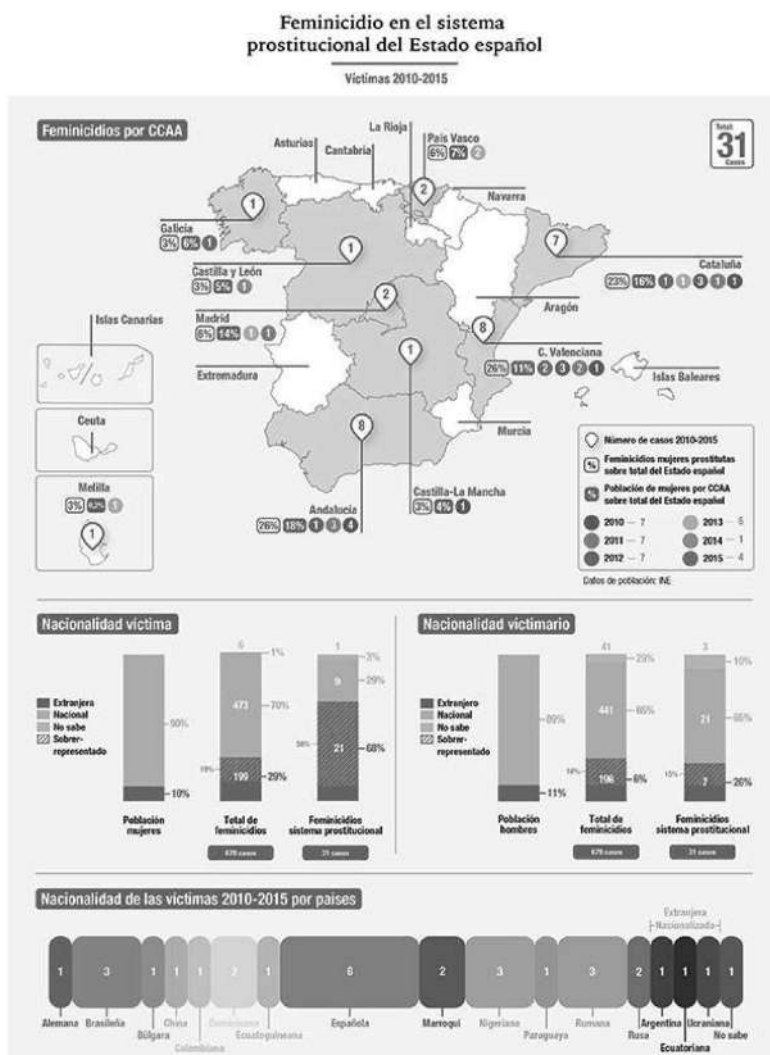
En una entrevista a D. Jorge Fernández Díaz, ministro del interior de España, manifestó que en el año 2015 las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado detectaron a 13.879 personas en riesgo de ser víctimas de trata de seres humanos con fines de explotación sexual, en un total de 3.007 inspecciones administrativas de locales donde se ejerce la prostitución, gracias a las cuales liberaron a 133 mujeres que efectivamente lo eran y a otras 650 que estaban siendo explotadas sexualmente; 22 de las víctimas de trata con fines de explotación sexual eran menores. ⁽¹⁶⁾ . Es necesario puntualizar, que estos datos facilitados por el ministro del interior no figuran reflejados en el enlace web del ministerio.

14 () GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: Plan Integral de la Lucha contra la Trata de Mujeres y Niñas con fines de Explotación Sexual 2015-2018. Aprobado mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 18 de septiembre de 2015, Madrid, 2015, p. 33.

15 () Información del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: http://www.empleo.gob.es/cartaespana/es/noticias/Noticia_0062.htm

16 () Extraída del enlace web: <http://www.20minutos.es/noticia/2681391/0/victimas-trata/espana/2015/#xtor=AD-15&xts=467263>.

Podemos servirnos también de la información de los registros de la población de mujeres asesinadas en el sistema prostitucional en España, teniendo presente que no se puede generalizar que todas las mujeres asesinadas hayan sido víctimas de trata, porque aquí también se encuentran las mujeres que ejercen la prostitución llamada “voluntaria”, y que a continuación presentamos:



Fuente: Información del enlace web: <http://www.feminicidio.net/articulo/gu%C3%ADa-de-feminicidio-en-geofeminiciocom>

España y su regulación legal como Estado parte de la Unión Europea frente a la trata de mujeres con fines de explotación sexual

En este punto vuelvo al derecho romano como antecedente de la historia en esta problemática de hacer frente a la explotación sexual de las mujeres. En el imperio romano se le negaba a la meretrix (prostituta, cortesana, ramera) los derechos civiles, sin embargo es con Teodorico I (siglo IV d.C) que reinaba en el imperio romano oriental, que se produce el primer enfrentamiento con los lenons (varones que se les asignaba como propiedad a perpetuidad a este colectivo de mujeres y que incluso tenían la potestad de venderlas con la condición de que ejercieran el oficio), intentando reprimir legalmente a estos explotadores de mujeres y es Teodorico II (siglo V d.C), quien ordena castigar a los padres que prostituían a sus hijas, expulsándolos a las minas, y es más tarde con Justiniano que promulga “...en el 531 d.C la ley *“De Lenonibus”* por la cual intentaba reglamentar nuevamente la prostitución, pero esta vez atacando a los proxenetas, lenons, y traficantes de todo tipo de sexo y se comenzó a favorecer la rehabilitación de las prostitutas. El Digesto, tratado jurídico de la época definía a la prostituta como mujer que se ofrece públicamente (*“polan ómnibus”*) por dinero (*“pecunia accepta”*) y no por placer (*“sine delectus”*).” (17)

La Unión Europea asume la problemática de la trata de seres humanos y su persecución con la aprobación del Convenio del Consejo de Europa, número 197, sobre la lucha contra la trata de seres humanos, celebrado en Varsovia, 16 de mayo de 2005 (Convenio de Varsovia), ratificado por el Estado español el 2 de abril de 2009 (BOE de 10 de octubre de 2009), que entró en vigor el 1 de febrero de 2008 (18), tomando como punto de referencia importante el Protocolo de Palermo.

Más adelante, el Convenio del Consejo de Europa, número 210, sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, en vigor desde el 1 de agosto de 2014, ratificado por España el 11 de abril de 2014 (BOE de 6 de junio de 2014), y

17 () DE LUJAN PIATTI, María: *“Violencia de las mujeres y alguien más...”*. Tesis Doctoral. Universitat de València. Facultat de Derecho. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Valencia, 2013, p.170.

18 () Puede verse en el siguiente enlace web: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/11/30/pdfs/BOE-A-2015-12929.pdf>.

con entrada en vigor el 1 de agosto de 2014 ⁽¹⁹⁾, será la que define y criminaliza diversas formas de violencia contra las mujeres, como el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina, el acoso sexual o la violencia física y psicológica contra las mujeres, creando un marco legal integral que criminaliza la violencia contra las mujeres, protegiendo a las víctimas a través de la asistencia y protección, garantizando que los abusos no queden impunes. Se crea el grupo de expertos independientes (GREVIO) para examinar si los estados partes que lo ratificaron cumplen con los objetivos o no y hacer las recomendaciones necesarias para hacer efectivos los compromisos asumidos, promoviendo la cooperación internacional, la participación de la sociedad civil, de los medios de comunicación, con el fin de prevenir y denunciar situaciones de violencia contra las mujeres, a especializar a los profesionales, así como la necesaria recogida de datos estadísticos. Asimismo se aborda también la violencia contra las mujeres y la trata de seres humanos en diferentes estrategias y planes, entre los principales: La Directiva 2004/81CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la Expedición de un Permiso de Residencia a Nacionales de Terceros Países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la Directiva 2011/36/UE, del 5 de abril de 2011 del Parlamento y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, que aborda la lucha contra la trata desde un enfoque de promoción de los derechos humanos, que amplía las formas de explotación recogidas por la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, sobre trata de seres humanos y complementa algunas de las previsiones del Convenio del Consejo de Europa, recogiendo la importancia del abordaje de la trata de seres humanos desde una

19 () Puede verse en el siguiente enlace web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947.

perspectiva de género y centrando la regulación en la mejora de la protección y asistencia de las víctimas en la práctica. ⁽²⁰⁾

No es menos importante el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, firmado en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (BOE número 274 de 12 de noviembre de 2010) ⁽²¹⁾, que tiene como fin principal que cada Estado de la Unión Europea asuma la protección del menor incorporando medidas para la prevención de los delitos sexuales contra los menores y su reincidencia de las personas condenadas en este tipo de delitos, que conforme con el artículo 19º señala: “...adoptando medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito las siguientes conductas intencionales: a) Reclutar a un niño para que se dedique a la prostitución o favorecer la participación de un niño en la prostitución; b) obligar a un niño a dedicarse a la prostitución o beneficiarse de un niño o explotarlo de otro modo para tales fines; c) recurrir a la prostitución infantil.”

El estado español en la actualidad castiga en su legislación penal, **Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre)**, la trata de seres humanos, modificada por las **Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, de su Título VII Bis del Capítulo II de las Coacciones**, que en su artículo 177º bis define el delito de trata de seres humanos y el favorecimiento de la inmigración irregular, incorporando las pretensiones del Convenio de Varsovia, sancionando con la pena de cinco a ocho años de prisión. Siendo los hechos constitutivos del tipo penal el control sobre la víctima para el traslado e intercambio, concurriendo para la comisión del delito con la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona (tratante) que poseyera el control sobre la víctima; y, entre las finalidades: La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad; la explotación sexual, incluyendo la pornografía; la explotación para realizar actividades delictivas; la extracción de sus órganos corporales; y, la celebración de matrimonios. Constituyendo las modalidades agravadas derivadas de la concurrencia de haber puesto a la víctima en peligro su vida o su integridad física o psíquica; sea especialmente vulnerable

20 () GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: Op. Cit. pp. 19-20.

21 () Puede verse en el siguiente enlace web: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-17392.

por razón de enfermedad, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad; haciendo extensible conforme con el artículo 22º para los casos que este delito se haya cometido por razones de género, por motivos racistas, religión, sexo, orientación o identidad sexual.

A los condenados por los delitos de trata de seres humanos se les podrá imponer penas de prisión de hasta diez años si el delito fuera grave y hasta cinco años si el delito fuera menos grave (artículo 57º), las prohibiciones de residir en determinados lugares, la prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima (artículo 48º). Los condenados a penas mayores de un año de prisión están exentos de la suspensión de la ejecución de la pena por libertad condicional (artículo 89º inc.9º), cumpliendo la pena efectiva en prisión.

La legislación española respecto a la protección de las víctimas de trata de seres humanos la encontramos en su **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**, artículo 59º bis, la misma que es desarrollada por su **Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril** (artículos 140º al 146º), la cual garantiza una asistencia integral de las víctimas inmigrantes (se incluye a los nacionales de la Unión Europea), por los órganos administrativos competentes cuando estimen que existen motivos razonables para creer que una persona extranjera en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos. Este periodo de reflexión tendrá una duración máxima de 90 días, que presumiblemente será un periodo suficiente para que la víctima se decida a cooperar con las autoridades en la investigación del delito, suspendiendo durante este periodo el procedimiento administrativo sancionador que se le hubiera abierto para una posible expulsión del país, autorizándole la estancia temporal y si es necesario la protección de la víctima y de sus hijos menores de edad acompañados.

Una vez reconocida como víctima de trata estará exenta de las responsabilidades administrativas como la expulsión (para los caso de nacionales extra comunitarios) y se le facilitará, a su elección, el retorno a su país de origen o la concesión de la autorización de residencia de trabajo por circunstancias excepcionales en España.

Estas previsiones serán de aplicación también para extranjeros menores de edad, teniendo en cuenta su edad y madurez, así como la prevalencia del interés superior del menor.

Con el fin de protección al menor debemos señalar la **Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la**

adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, “*mejoran la atención y la protección de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de la violencia de género, así como de las menores víctimas de otras formas de violencia sobre la mujer. En concreto, destaca la inclusión, por primera vez, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, la protección de estos contra toda forma de violencia, incluida la trata de seres humanos. ...se especifican por primera vez cuáles son las actuaciones que deben desarrollar los poderes públicos en relación con las distintas formas de violencia: sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.*”⁽²²⁾

En el Código Penal, Capítulo V del Título VIII, artículos 187º al 190º también se recogen los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores imponiendo penas privativas de la libertad que van de dos hasta los cuatro años. No se penaliza el ejercicio de la prostitución por parte del que la ejerce pero sí la explotación derivada de dicho ejercicio cuando medien uno o determinados factores como la violencia, el engaño, la superioridad, la necesidad o la vulnerabilidad de la víctima; agravándose la pena cuando la víctima sea menor de edad o con discapacidad hasta ocho años de prisión.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género siguiendo las exigencias de los organismos internacionales presenta una respuesta a la violencia que se ejerce contra las mujeres, englobando los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales, incluyendo la protección de la tutela de menores dentro del entorno familiar, y su posterior atención a la víctima con la aplicación de la normativa civil y administrativa (divorcio, guarda y custodia de los menores, ayuda económica, centro de asistencia y residencias, estatus de residencia para las inmigrantes, cambio de centro de trabajo, bonificación a las empresa que empleen a las víctimas, etc.). Se crean unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la tutela

22 () GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: Op. Cit. p.30.

penal efectiva así como la tutela judicial, creándose los Juzgados de Violencia de Género y la figura del Fiscal contra la violencia sobre la mujer, reconociéndole la asistencia jurídica gratuita.

Por último, el **Estatuto de la Víctima del Delito adoptado mediante Ley 4/2015 de 27 de abril**, que se aprueba después de 4 años ante la exigencia de la Unión Europea, Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

El Estatuto parte del concepto amplio de la víctima que pueden ser directas o indirectas (hasta el tercer grado de consanguinidad), en la que se incluyen los nuevos cónyuges y los menores sujetos a guarda y custodia, poniendo de manifiesto la necesaria colaboración entre las distintas Administraciones Públicas, Poder judicial, al colectivo de profesionales, a las personas que tienen contacto directo con las víctimas, pudiendo considerarse aquí a las ONG, la propia víctima y a la sociedad en general. Se parte de la actuación orientada siempre a la persona, a través del examen individualizado de la víctima, lo que implica por ejemplo utilizar un lenguaje sencillo de comprensión en los casos que las víctimas sean inmigrantes. Reconocimiento, protección y apoyo a la víctima, asumiendo el compromiso de asistirle en el aspecto económico, material y moral.

El estado español garantiza la asistencia sanitaria básica a las víctimas de trata con fines de explotación sexual desde el momento de su identificación e impulsa para su reinserción social, en el trabajo, con bonificaciones a las empresas para su contratación conforme con la **Ley 43/2006, de 29 de diciembre**, para la mejora del crecimiento y del empleo.

Problemas que el Estado español afronta frente a la trata de mujeres con fines de explotación sexual

Entre los problemas que creemos que aún persisten en España para erradicar este tipo de trata de personas, tenemos:

1. La falta de un registro de las mujeres inmigrantes y de sus hijos menores que ingresan en el territorio español o permanecen de forma administrativa irregular, consideradas las más predispuestas de ser

víctimas de trata. La aplicación de la política del estado respecto a la inmigración exterior es básicamente a través de la administración de extranjería conjuntamente con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y tiene como fin erradicar la inmigración irregular a través de la detención de inmigrantes en los Centros de Internamiento de Extranjeros e incoación de expediente de expulsión, vulnerándose en la mayoría de los casos los derechos fundamentales de las inmigrantes e incluso apartándoles de sus hijos menores, haciéndose cargo de los menores el estado a través de las Consejerías de Familia.⁽²³⁾

2. No se cumple con educar y dar a conocer la realidad de la trata de personas y específicamente de la trata con fines de explotación sexual. Los medios de comunicación ocupan un mínimo espacio sólo para dar a conocer noticias de detenciones de los delincuentes tratantes, así como de las inmigrantes en los centros de alterne, estigmatizándolas, siendo desvaloradas como mujeres y como personas ante los demás.
3. Los profesionales de las organizaciones no gubernamentales (ONG) solicitan a los organismos del estado para trabajar conjuntamente en la protección de las víctimas de trata de seres humanos y trabajar por la erradicación de esta lacra social pero no resulta ser objetivo tal fin y el Defensor del Pueblo en su informe del año 2012, incide en esta necesidad.
4. La lucha contra la trata de persona implica la obligación de perseguir a los delincuentes en todo el ámbito nacional e internacional, y hace necesario que la intervención del estado no excluya la detección de sus víctimas en las fronteras.
5. La Defensoría del Pueblo denuncia que se han detectado en la localización y el seguimiento de los menores nacidos en España víctimas de trata que fueron interceptadas intentando acceder a territorio nacional de manera irregular en avanzado estado de gestación, y se compro-

23 () D^a Elena Maleno, investigadora experta en migraciones y trata de seres humanos, denunció los fallos del sistema, que no es capaz de proteger a las víctimas y ejerce la violencia quitándoles a sus hijos. Asimismo, D^a Vivian Waisman, presidenta de Women's Link Worldwide, denuncia que no existe una protección real de las víctimas y es responsabilidad del Estado que los hijos de las víctimas tengan reconocimiento y protección. En *"II Congreso de DDHH Abogacía: Trata de personas con fines de explotación sexual"*, Madrid, 9 de diciembre de 2015.

bó que la inscripción registral de estos menores no resulta suficiente para realizar un seguimiento de su situación.

6. Es una contradicción que la Unión Europea pida a los países miembros que incluyan en su Producto Interior Bruto (PIB) las operaciones que proceden de las drogas y **la prostitución** pero mucho más errado es que el estado español lo haya aceptado y desde el mes de septiembre de 2014 las incluya en su PIB, las cuales generaron el 0,8%, proyectándose a 9.127 millones de euros anuales: 5.245 millones procedente del tráfico de drogas y de la prostitución 3.672 millones, según el Instituto Nacional de Estadística (INE). Quedando en una situación de “alegalidad” la figura de la prostitución en España, dejándose de lado los informes de la Organización de las Naciones Unidas en el año 2010, que señala: El 95% de las mujeres que ejercen prostitución lo hacen bajo la coacción o son víctimas de la trata de explotación sexual, haciendo más difícil el control de la delincuencia de la trata, refugiándose en la prostitución “voluntaria”.

O Papel da Organização Mundial do Comércio no Sistema Jurídico Internacional

Marina Pantoja Bernardes

Criada em 1995, a Organização Mundial do Comércio (OMC) funciona como espécie de mesa de negociações, que administra grande leque de regras comerciais entre seus países-membros. A Organização é uma instituição de Direito Internacional que tem por finalidade a abertura e regulação do comercial internacional.

Nascida da Rodada de Uruguai, série de reuniões entre países que duraram de 1986 a 1994, inicialmente em Punta del Este, Uruguai, a criação da OMC teve como premissa a tentativa de se reduzir subsídios agrícolas entre países. O resultado do ciclo de reuniões, no ano de 1994, foi a criação da OMC, considerado o maior acordo comercial da História e tendo incorporado o Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio, de 1947 (GATT).

Composta de uma conferência ministerial e de um conselho geral, a OMC possui os seguintes conselhos e comissões: a) conselho de comércio e serviços; b) conselho do comércio e mercadorias, e, c) conselho dos direitos de propriedade intelectual ligadas ao comércio, todos subordinados ao conselho geral. O conselho geral, por sua vez, é subordinado à conferência ministerial.

O sistema de solução de controvérsias (SSC) da OMC é compulsório, o que quer dizer que os países-membros desta Organização não detém discricionariedade de submeter seus litígios perante os juízes da OMC. Possuem, sim, a obrigatoriedade. O caráter compulsório do SSC, da OMC, coloca automaticamente a organização em nível superior a outras organizações internacionais, incluindo a Corte Internacional de Justiça (CIJ), onde a submissão de disputas perante aquele tribunal internacional é decisão das partes envolvidas. Explica-se: embora um dado país seja signatário da Carta das Nações Unidas, eventual litígio das partes na esfera internacional não necessariamente precisa ser submetido à CIJ (que é Vinculada à ONU). Para que a Corte solucione o litígio, todas as partes envolvidas precisam concordar em se submeter à sua jurisdição.

O sistema de solução de controvérsias da OMC é a chave para o sucesso do comércio internacional. Isso porque a existência de regras comerciais sem um sistema capaz de solucionar os conflitos não seria de utilidade alguma.

O procedimento judicial da OMC confere estabilidade e credibilidade às relações comerciais internacionais e todo o rico histórico de solução de conflitos, efetuados tanto de forma amigável, como litigiosa, acaba contribuindo para que a Organização ofereça eficácia e sofisticação únicas ao cenário internacional.

Definição de Sistema Jurídico

O alcance de um sistema jurídico internacional, ou Estado de Direito Internacional, por sua vez, é tema de estudos e discussões no mundo inteiro. A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), durante sua sessão de 1992, intitulada “Declaração Sobre a Proteção de todas as Pessoas em Desaparecimento Forçado”, considerou o Estado de Direito efetivo como item fundamental de discussão em sua agenda, e concentrou esforços no que seria a definição de Estado de Direito em nível nacional e internacional.

O Projeto de Justiça Global, ou “World Justice Project”, foi criado em 2007 com o objetivo de lançar esforço mundial e multidisciplinar para reforçar o importante papel de um sistema jurídico internacional uniforme. Mais recentemente, referida organização lançou Index contendo ranking de noventa e nove países e seus respectivos níveis de aderência ao sistema jurídico internacionalizado.

O Projeto de Justiça Global desenvolveu a definição do que seria um sistema jurídico, levando em consideração quatro princípios básicos: a) a capacidade do Governo e seus agentes, assim como indivíduos e entidades privadas, de garantir a aplicação do direito; b) a clareza, publicidade, estabilidade e justiça das leis, assim como a proteção dos direitos fundamentais, das pessoas e de seu direito à propriedade; c) que o processo de aplicação das leis seja eficiente, credível, claro e acessível a todos, e, d) que a justiça seja aplicada de forma tempestiva, por representantes competentes e imparciais, que possuam instâncias suficientes e embasamento legal para a tomada de suas decisões, de forma que os anseios da sociedade sejam saciados.

O objetivo do index desenvolvido pelo Projeto de Justiça Global é de fazer estimativa do equilíbrio dos noventa e nove países pesquisados, levando em consideração os requisitos básicos necessários para considerá-los como possuidores de um sistema jurídico justo e exemplar.

A International Bar Association (IBA) – Associação Internacional dos Advogados – aprovou resolução interna, no dia 09 de outubro de 2009, estabelecendo que o Estado do Direito é o fundamento de uma sociedade civilizada, incentivando seus membros a defender a integridade do sistema Jurídico junto às suas respectivas comunidades.

Em agosto de 2004, o então secretário geral das Nações Unidas, Kofi Annan, sublinhou o conceito de sistema jurídico como sendo um dos objetivos primordiais a ser alcançado pela ONU e seus membros associados.

Albert Venn Dicey, em sua obra *Introdução ao Estudo da Constituição*¹, desenvolveu três conceitos aplicáveis ao que seria Estado de Direito, também conhecido como Sistema Jurídico: a) a igualdade de todos perante a lei; b) a superioridade da lei frente aos interesses de indivíduos ou grupo de indivíduos, e, c) a independência do Poder Judiciário, garantindo que os julgamentos sejam realizados de forma imparcial.

Vimos que vários estudos foram desenvolvidos para conceituar o que seria o Estado de Direito. Cabe-nos, agora, questionar se esses princípios são também aplicáveis ao que seria um Estado de Direito Internacional.

Ao pensar em Estado de Direito Internacional, indaga-se: Os princípios norteadores do Estado de Direito Nacional são também aplicáveis à identificação de um Estado de Direito na esfera internacional?

O Conceito de Sistema Jurídico é aplicável em esfera internacional?

As polêmicas quanto à aplicabilidade do Estado de Direito dentro do sistema jurídico internacional são bastante presentes. A principal crítica contra a existência de um Estado de Direito Internacional é a de que este não seria aplicável, visto não existir organismo coercitivo capaz de impor a todos os países do globo as regras internacionais acordadas, posto que o Estado de Direito Internacional seria incompatível com o princípio da soberania plena dos Estados.

¹ DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 6th edition, (London McMillan & Co., 1902)

Outra crítica é que a de que a separação de poderes na esfera internacional inexistente. A ausência de Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário independentes, acabaria por configurar a impossibilidade de haver tal espécie de sistema jurídico, dado que a separação entre quem faz a lei e quem a executa – regra basilar para a existência do Estado de Direito –, não pode ser ignorada.

Argumento contrário à tal visão vem do ex-Presidente da CIJ, Hisashi Owada. Owada argumenta que o conceito de legislação internacional pode ser entendido não somente através de aspectos procedurais e formais, mas sim do sentido de lei em si, e que o objetivo final a ser alcançado não seria a forma como as leis internacionais são aplicadas, e sim a obtenção da Justiça, que constitui seu objetivo primordial. Quando falamos em inexistência de um órgão executor e coator universal, levamos em consideração somente o procedimento e, com isso, concluímos na impossibilidade de aplicação de leis internacionais. Se pensarmos pela perspectiva da eficácia, o entendimento pode ser outro, e muito mais positivo, concluiu Owada.

A busca por um sistema jurídico internacional é um dos temas de maior interesse dos estudiosos do Direito Internacional Público (DIP). Isso porque a ideia de existência de uma ordem jurídica homogênea, capaz de regulamentar as relações internacionais e de oferecer estabilidade e segurança jurídica internacional parece o mais desejável dos mundos.

A existência de uma instituição capaz de oferecer a interpretação e aplicação previsível de regras, de acordo com os princípios básicos norteadores do Estado de Direito, tal como a imposição de forma compulsória da lei e o acesso de todos aos seus benefícios, inequivocamente caracteriza a existência dos fatores básicos de existência do Estado de Direito.

Se uma instituição internacional consegue, através de seus próprios meios, chegar a esse resultado, podemos falar em Estado de Direito Internacional. Em outras palavras, se o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC serve, e é eficaz para garantir a aplicação de regras internacionais entre seus Estados-membros, sua atuação para a existência da ordem jurídica internacional é de extrema importância.

O internacionalista e membro do Órgão de apelação da OMC, David Unterhalter, defende que o Estado de Direito é precedido pela existência de regras de Direito, que funcionam como normas contra a arbitrariedade. O Estado de Direito clama, portanto, por clareza, imparcialidade e acesso à justiça para todos.

Unterhalter definiu, ainda, em 2009, durante o Fórum Público de setembro daquele mesmo ano, que o Estado de Direito funciona como pilar contra a arbitrariedade jurídica e é garantia da preservação de direitos básicos. Ademais, aquele árbitro defendeu que a OMC, sendo uma organização baseada em regras, representa claramente um modelo para as outras áreas de cooperação internacional. O caráter compulsório presente nas decisões da OMC estabelece a possibilidade de retaliações comerciais impostas contra membros que não corrigirem seus atos atentatórios às regras de comércio internacional. Logo, a compulsoriedade oferece a segurança jurídica típica do Estado de Direito.

A despeito das profundas discussões acerca da existência, ou não, do Estado de Direito Internacional, bem como o argumento não raro presente, mesmo entre os membros de Organizações Internacionais, como os da própria OMC, de inexistência total de ordem jurídica internacional, parece-nos claro que a criação de um órgão de solução de controvérsias pela OMC prova a indiscutível movimentação da comunidade internacional em direção à unificação da ordem jurídica e pela internacionalização do direito.

Cumpre-nos questionar que papel a OMC possui para o desenvolvimento de uma ordem jurídica internacional, dada a indiscutível sofisticação de seu SSC.

A OMC é um modelo?

O Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio², de 1947 (conhecido por seu acrônimo em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), pela primeira vez na história do comércio reuniu as principais potências mundiais, e tinha como objetivo a recuperação das principais economias do globo durante o período da pós-guerra, liberalizando o comércio e regularizando as políticas aduaneiras dos Estados signatários. Precursor da Organização Mundial do Comércio, o GATT não possuía um órgão de solução de controvérsias tal como o possui atualmente a OMC. Em linguagem clara, o GATT funcionava, à época, como um conjunto de regras facilitadoras de negociações comerciais entre as principais potências do globo. Essas negociações podiam – e na maior parte do tempo efetivamente o eram – alcançadas mais por diálogos diplomá-

2 Os 23 membros fundadores do GATT foram: África do Sul, Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Ceilão, Chile, China, Cuba, Checoslováquia, Estados Unidos, França, Holanda, Índia, Líbano, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Reino Unido, Rodésia do Sul e Síria.

ticos e negociações políticas, do que pela utilização de regras comerciais pré-estabelecidas e compulsórias.

À época, os negociadores acreditavam que os diálogos diplomáticos eram mais pragmáticos e eficazes do que a imposição de regras que, ao fim, apresentavam caráter meramente facultativo. Isso porque nada pode submeter Estados soberanos à uma jurisdição internacional obrigatória e coercitiva. O gerenciamento das relações comerciais era o interesse maior, e a importância dada às leis para então gerenciar os conflitos comerciais era tido como irrelevante, quando comparado à força das negociações políticas e diplomáticas. O GATT, portanto, estava longe de ser ator importante na unificação do sistema jurídico internacional, dada a incredulidade generalizada frente ao conceito de Estado de Direito Internacional.

Ao fazermos uma análise aprofundada sobre o histórico das aspirações e interesses das nações aderentes ao GATT e outros tratados e acordos internacionais de comércio, chega-se ao seguinte *feeling*: a necessidade de segurança e estabilidade almejadas pelas nações negociadoras dificilmente se perpetuam no tempo sem algo que possa garantir a sua executoriedade. Como, então, gerenciar as relações internacionais com a ausência de leis capazes de garantir credulidade e segurança às nações que se relacionam?

Jam Tumlir, que dirigiu a Seção de Pesquisas Econômicas e Divisão de Análises do GATT por 18 anos, acredita que gerenciar as relações internacionais somente com base nas vontades das partes, sem regras pré-definidas que confirmem segurança sobre a manutenção do que fora acordado, parece algo superficial e ingênuo. Se fizermos uma reflexão aprofundada sobre a finalidade do gerenciamento das relações internacionais – o porquê as negociações existem, se não para conferir estabilidade e diplomacia às relações internacionais—, chegaremos à inequívoca resposta de que sua finalidade é estabelecer acordos de confiança entre as partes.

Por que, então, não utilizar as leis internacionais para chegar à tão almejada paz internacional?

No histórico das relações comerciais internacionais, a prática de utilizar de negociações entre as partes, no lugar de solucionar os conflitos com base nas leis existentes ocasionou, em inúmeras vezes, um abismo entre o que fora estabelecido pelas leis, e o que fora acordado entre as partes. O lado negativo desse tipo de solução, ao contrário do pragmatismo que fora muitas vezes defendido pelos que não acreditam em um sistema jurídico internacional, é o de que, além de criar soluções possivelmente injustas para um das partes negociadoras (nesses casos, a

imparcialidade da lei não entra como garantia de justiça), ser indiscutível que o maior peso econômico e poder de barganha político de uma das partes tira das negociações a possibilidade de um acordo justo e igualitário pois, nesses casos, inexistia a transparência que somente as leis internacionais conseguem oferecer.

O resultado é a transferência volumosa de recursos, com o estabelecimento de negociações comerciais que impactam profundamente na vida econômica e social das partes envolvidas, sem nenhum tipo de observância ou controle. Outro efeito negativo desse tipo de conduta na resolução de conflitos comerciais é que as partes acabam agindo de acordo com os próprios interesses, não se preocupando em trazer efeitos positivos para o público de forma geral.

Já em 1979, pode-se dizer que a Rodada de Tóquio finalizou com uma série de acordos de não-tarifação, resultado do que seria o reconhecimento da necessidade de criação de leis internacionais para garantir a saúde das relações comerciais entre as nações. A prática do órgão de solução de controvérsias do GATT foi estabelecida com base em inúmeras decisões costumeiras deste organismo, seguido de um acordo entre os membros da comunidade internacional para que continuassem a decidir de acordo com os princípios que foram norteados ao longo daqueles anos.

Observa-se que o resultado da Rodada de Tóquio foi bastante incipiente no que diz respeito à existência de base legal para garantir segurança jurídica às relações comerciais. Não obstante, esta caminhou para certa previsibilidade à solução de conflitos naquela esfera, o que trouxe melhoras substanciais no que concerne à estabilidade jurídica do comércio internacional.

Finalmente, em novembro de 1982, os Estados-membros do GATT acordaram Decisão Ministerial no sentido de esclarecer *“que o Secretariado do GATT possui a responsabilidade de dar apoio ao Painel, especialmente no que diz respeito aos aspectos legais, históricos e procedurais”*.

Pela primeira vez desde o início daquele organismo, a assistência em matéria legal foi assumida pelo secretariado como sendo de sua plena responsabilidade. No ano seguinte, em 1983, foi criado por seu então diretor Geral, Arthur Dunkel, o Escritório de Assuntos Jurídicos do GATT. A criação do *Office of Legal Affairs* nada mais foi do que o reconhecimento da necessidade de organização da matéria jurídica dentro das relações comerciais internacionais. A partir de então, a história do legalismo em matéria de comércio internacional iniciou seu desenvolvimento, para hoje ser referência internacional em matéria de julgamento de litígios entre países.

O reconhecimento da importância das relações comerciais internacionais para o desenvolvimento da economia e do bem-estar da comunidade internacional fez com que esta procurasse regulamentar essa relação, trazendo a estabilidade jurídica e credibilidade tão necessárias. Há quem defenda, como Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, em *O Espírito das Leis* (1748), que uma relação comercial bem sucedida é sinônimo de paz duradoura, quando estatuiu que “*l’effet naturel du commerce c’est de porter à la paix*”³; ou, como disse Frederic Bastiat, “*when goods do not cross borders, soldiers will*”⁴.

O sistema de solução de controvérsias do GATT, conforme vimos, iniciou seus serviços jurídicos com o “soft law”, através de abordagem mais diplomática da solução de conflitos sem, portanto, possuir compulsoriedade em suas decisões. A OMC, por sua vez, foi criada como órgão de solução de controvérsias mais legalista, possuindo maiores atributos-chave de um sistema jurídico internacional e com cultura legal mais apurada. Com a resolução de conflitos comerciais mediante através das leis oriundas do sistema da OMC, cria-se precedentes de decisões que ajudarão a guiar o futuro das relações comerciais de outros Estados-Membros da Organização com base em leis e, portanto, em decisões mais equilibradas para as partes envolvidas, sem a força do poder de barganha e peso político.

A existência de órgão de apelação que, por sua vez, confere às partes envolvidas a possibilidade de ter seu pleito rediscutido, acaba por produzir rica jurisprudência em termos de comércio internacional. Tais precedentes são frequentemente consultados quando do surgimento de novos casos, trazendo à OMC entendimentos ricos que, além de servirem de base para novos julgamentos que possuam problemática similar, criam princípios que norteiam as relações comerciais internacionais.

Os casos apresentados perante o órgão de solução de controvérsias e o órgão de apelação da OMC trouxeram para a organização litígios solucionados mais por advogados de esfera privada, especialistas exclusivos de leis comerciais internacionais, do que por diplomatas representantes dos governos de cada país, enviados para fazer propostas políticas à parte contrária, estas pouco baseadas em aspectos legais do comércio internacional.

3 “O efeito natural do comercio é o de trazer a paz”, em tradução livre. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Ed. Pag. ...

4 “Quando os bens não cruzam as fronteiras, os soldados o fazem”, em tradução livre (pôr referência de quando e onde isso foi dito).

O princípio da separação dos poderes é, em contrapartida, o tema mais conturbado quando o assunto é o papel da OMC na construção de um sistema jurídico internacional, isso porque, segundo Richard Goldstone, para que o papel da lei possua efeito abrangente, deve-se observar a existência dos órgãos legislativos, executivo e judiciário autônomos. As críticas giram em torno da ausência de legislação internacional, já que dentro desse sistema, inexistente separação pontual entre quem cria as leis, e quem as aplica.

A pergunta que parece-nos importante é: o procedimento é mais importante do que o resultado *per se*? Em outras palavras: para trazer eficácia na aplicação de suas leis, o procedimento de criação e adoção das leis da OMC é mais importante do que o respeito que os Estados-Membros da Organização têm pelas suas regras?

A noção geral de um sistema que oferece total acesso à justiça para todos, e através do qual os julgamentos são feitos exclusivamente com base em aspectos legais objetivos e consistentes, no lugar de oferecer saída pelas vias diplomáticas, ou pelo simples poder de barganha das partes, apresenta em suas profundezas um sistema governado pelo poder das leis. Defendemos que a existência de Executivo, Legislativo e Judiciário na esfera internacional não é o fundamental.

Por se tratar de uma organização internacional das mais importantes podemos, com segurança, afirmar que o papel da OMC na configuração do sistema jurídico internacional mostra-se de extrema relevância, fato que vai de encontro aos argumentos pessimistas de que inexistem modos de submeter nações soberanas a leis comuns (ou “leis regulares”) de forma eficiente.

O caráter coercitivo, no caso da OMC, é a retaliação comercial e, conforme entendimento de Montesquieu “*deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes*”⁵. A interdependência por motivo econômico-comercial torna-se, portanto, o peso coercitivo para pôr as ações da nação, ou parte litigante sucumbente, em conformidade com as regras da OMC.

Entendemos que o papel da Organização Mundial do Comércio é fundamental para o desenvolvimento de um sistema jurídico internacional. Um sistema jurídico unificado facilita consideravelmente o entendimento entre as nações, e oferece estabilidade quanto ao que esperar da postura de parceiros comerciais. O sucesso da parceria comercial pode evitar, inclusive, o entrave de litígios internacionais perigosos. Podemos dizer que a saúde das relações comerciais internacionais pode salvar vidas através da melhora da economia dos países e

5 Duas nações que negociam tornam-se reciprocamente dependentes.

a criação de empregos, o que gera qualidade de vida e aumento do Índice de Desenvolvimento Humano, além de, através de sólidas relações diplomáticas, evitar conflitos potencialmente destrutivos.

As decisões da OMC são respeitadas por seus Estados-Membros?

Louis Henkin, um dos mais famosos internacionalistas de nossa era, defendeu em seu livro *“How Nations Behave: Law and Foreign Policy”*, que o momento atual é de que quase todas as nações respeitam quase todos os princípios de direito internacional e quase todas as suas obrigações, quase que na maior parte do tempo⁶.

E no que se refere às decisões proferidas pela OMC, através de seu órgão de solução de controvérsias, poderíamos afirmar que as nações respeitam, na maior parte do tempo, as leis daquela organização? E, no caso de submissão de litígios, as decisões tomadas pelo OSC são respeitadas?

Ao analisarmos a maioria dos casos de litígios submetidos perante o órgão de solução de controvérsias da OMC, é possível notar que, na ampla maioria dos casos, foi identificado algum tipo de violação às normas estabelecidas pela OMC. Em todos os casos em que há parte sucumbente, esta foi instruída a corrigir a ação danosa contra a relação comercial. Em alguns casos, notou-se que a parte, embora tenha se comprometido a corrigir suas ações, persistiu no erro. Em outra pequena parte dos casos, houve insatisfação da parte ganhadora em relação às medidas adotadas pela parte sucumbente para alcançar o resultado comercial almejado, porém, de forma consistente, em sua ampla maioria, as partes, ainda que insatisfeitas com o resultado, acataram a decisão do órgão, e corrigiram suas condutas de acordo com as diretrizes firmadas pela OMC.

Ademais, faz-se interessante observar que, quando a parte sucumbente não adequa suas ações às regras da OMC, o artigo 21.5 do Entendimento do Órgão de Solução de Controvérsias autoriza que a parte vencedora retalie a parte vencida⁷.

6 It is probably the case that almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all the time.

7 5. Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the

Cumpre-nos ressaltar que nos parece mais importante que as partes entrem em acordo sobre como adequar suas ações à lei da OMC, sem necessariamente iniciarem litígio perante o OSC, do que contabilizar quantas vitórias foram conseguidas, e quantas partes sucumbentes seguiram exatamente o procedimento indicado pelo órgão após a decisão final do litígio. Mais importante do que a criação de um sistema jurídico internacional clássico, onde se possa dizer que existem os mesmos elementos definidores do sistema jurídico interno, é a atitude das partes em entrar em conformidade com a lei internacional, antes mesmo da existência de decisão final, ou ainda de se iniciar uma ação perante a OMC e seus órgãos consultivos.

O Congresso dos Estados Unidos (*United States Congress*), Poder Legislativo Estadunidense, em várias oportunidades deixou de aplicar medidas comerciais em relação a outros países por considerar que tais ações violariam a lei da OMC. Quando, por exemplo, o assunto é manipulação das taxas de câmbio no comércio internacional, o Congresso Norte-Americano entende que manipular o preço da moeda para a obtenção de vantagens comerciais configura claro desrespeito às regras comerciais, e que tal comportamento deveria ser alvo de controle pela OMC.

O entendimento do Congresso Norte-Americano demonstra claro movimento em direção a um sistema jurídico internacional responsável por reger as relações comerciais entre os países e oferecer estabilidade tão importante para o sucesso das relações diplomáticas entre os países.

Como observamos pelas atitudes do Congresso Americano, muitos embates contemporâneos são evitados devido à relação comercial mútua entre nações e, portanto, a dependência econômica de uma nação em relação ao seu parceiro comercial acaba de certa forma contornando conflitos que, de outra maneira, seriam inevitáveis. É o caso dos Estados Unidos e seu maior credor individual, a República Popular da China.. O sistema de solução de conflitos da OMC exerce papel muito importante para o estabelecimento da paz e a resolução de conflitos baseado em um sistema legal claro, eficaz e acessível a todos.

Certa vez, durante trabalho de pesquisa realizado na sede da Organização Mundial de Comércio, em Genebra, deparei-me com a seguinte afirmação: as nações acabam trazendo para a OMC temas relacionados à proteção ambiental,

matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report.

proteção animal e manipulação das taxas de cambio porque a OMC, diferentemente de outras organizações, possui um órgão de solução de controvérsias bastante sofisticado, com vasta jurisprudência e bastante detalhista. Não se encontra em outra organização internacional, tal mecanismo, motivo pelo qual a OMC acaba sendo requisitada para solucionar conflitos que, de outra maneira, não possuiriam a menor chance de serem resolvidos por vias legais.

A resposta de juristas da OMC é a de que tais requisições são respostas a problemas políticos que não podem ser resolvidos pelas vias diplomáticas, tampouco pelas vias legais, dada a inexistência de instancia internacional competente para resolvê-las e que, não obstante, a OMC, sendo uma organização pragmática, não pode se habilitar a resolver conflitos fora de sua alçada, simplesmente porque não existe outro órgão internacional capaz de fazê-lo.

A forma de resolução de conflitos da OMC, sua regularidade, clareza e uniformidade na aplicação de suas regras e precedentes trazem à esta organização o reconhecimento de eficácia na solução de litígios complexos. Obviamente, o sistema de solução de controvérsias da OMC não segue à risca o modelo de solução de controvérsias e execução de decisões encontrados na jurisdição interna dos países, inclusive porque a OMC, apesar de possuir o órgão de solução de controvérsias, continua sendo uma mesa redonda de comércio, onde as nações se debruçam para encontrar soluções aos seus litígios. A OMC não é instância jurídica internacional. Ao fazer parte daquela Organização, as nações não perdem sua soberania, mas submetem-se àquela compulsoriamente, uma vez que aderiram de livre e espontânea vontade.

Através do OSC, milhões de operadores do comércio internacional aplicam regras dispostas nos acordos da OMC. Claramente, a utilização de tais regras facilita consideravelmente as relações internacionais, trazendo luz a conflitos e possibilidade de evitá-los, quando da adequação de ações entre as partes, muitas vezes sem necessidade de instauração de um litígio perante o SSC da Organização Mundial do Comércio.

Desvios jurídico-políticos do sentido romano de *commercium*

Aloísio Surgik

Doutor em Direito pela USP,

Catedrático de Direito

Romano aposentado da Universidade Federal
do Paraná – Brasil

“Há gente que acumula riqueza com tanta
avidez, como se devesse viver por toda a eternidade”.

Aristóteles

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade traçar uma espécie de contraponto com outro, publicado em 1986, sob o título: “O sentido romano de *imperium* e seus desvios jurídico-políticos”.¹

Surpreendentemente, aquele modesto e despretenso artigo teve tal repercussão, que até hoje, passados trinta anos, vem sendo citado na Wikipedia do Google, em seu gigantesco verbete: “História da Europa”.

É oportuno agora traçar um paralelo entre o conceito romano de *imperium* e o conceito romano de *commercium*, que se desviaram por completo do sentido original, tendo em vista que hoje se transformaram num verdadeiro instrumentos a serviço do poder econômico.

O primeiro, inicialmente de origem popular, acabou por se impor como força política de dominação imperial; o segundo, oriundo de uma simples troca de produtos a fim de suprir necessidades fundamentais da vida em sociedade,

1 Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 23, n. 0 (1986), SURGIK, A., ISSN: 0104-3315 (físico) 2236-7284 (eletrônico).

tornou-se um fenômeno brutal de concentração de riquezas em mãos de poucos, a gerar guerras e comprometer o próprio sentido da igualdade social.

Sem qualquer retoque no texto sobre o *imperium*, cuja atualidade hoje se confirma, é oportuno agora tecer algumas considerações sobre o sentido romano de *commercium* e seus desvios jurídico-políticos.

2. O comércio em Roma

Roma não foi uma cidade comercial. Para analisarmos o período da dominação romana, não é necessário perdemos tempo estudando a história anterior à cidade que chegou a dominar o mundo. Os romanos não formavam um povo mercantil. Mesmo nos últimos séculos antes do Império, quando estendeu seu domínio sobre os países do Oriente e subjugou boa parte do Ocidente, Roma não se converteu em um centro comercial.

É verdade que a cidade cresceu, até alcançar uma dimensão sem paralelo na História, necessitando de enormes importâncias de alimentos para manter sua população. Porém, essas importâncias chegavam a ela em conceito de tributos dos povos conquistados.

As exportações de Roma eram de pouca importância e não chegaram a formar um grande comércio de transporte e de expedição que tivesse feito dela o centro de intercâmbio com outros povos.

O serviço que os romanos prestaram ao mundo de sua época, pelo qual receberam tão rica recompensa, não foi de caráter econômico, mas político e cultural. Foram os grandes organizadores e administradores da Antiguidade, que conseguiram, com habilidade e inteligência, viver a expensas dos povos conquistados.

Esta é a explicação de CLIVE DAY, Ph. D., Professor de Economia da Universidade de Yale, que acrescenta: “No quiere esto decir que fueran simples parásitos. Ganaran todo lo que recibieran por una gran aportación: la “Pax Romana”, que continuó casi sin interrupción durante siglos, y que ofreció una oportunidad como hasta entonces no se había conocido para el desarrollo del comercio”.²

Em geral, a influência de Roma no desenvolvimento comercial do Ocidente foi relativamente limitada. Apesar de ter oferecido condições favoráveis para tal fim, como, por exemplo, abertura de estradas e meios de fácil acesso de mensa-

2 DAY, Clive. **Historia del comercio**, I. Versión española de Teodoro Ortiz. Fondo de Cultura Económica, México, 1941, p. 23.

geiros e funcionários aos locais de sua influência, os resultados foram de caráter mais cultural do que comercial.

Os cinco séculos aproximadamente da dominação romana ocidental produziram inegavelmente transformações notáveis, como foi o caso, entre outros, da Espanha, da França e de Portugal. O simples fato de os idiomas espanhol, francês e português modernos terem suas bases no Latim, sem que os romanos jamais tivessem forçado sua obrigatoriedade, é prova conclusiva da grande influência cultural romana em suas províncias.

Tal constatação é respaldada por THÉODORE MOMMSEN. Ele também entendeu, referindo-se aos monumentos históricos relacionados com o comércio interior dos Itálicos, que os escritos são escassos a este respeito. Só as moedas nos fornecem algumas poucas informações. Nem se faz qualquer alusão à moeda durante os três primeiros séculos de Roma, excetuando-se as cidades gregas e a *Populonia* etrusca. O valor de troca consistia em gado e em cobre entregues a peso. Quanto às moedas, introduzidas em Roma sob o modelo dos Gregos, eram cunhadas em bronze, não em prata, embora o valor do “*as*” fosse baseado em determinado peso de prata.

Nas palavras de MOMMSEN, a História deve consignar em seus anais o fato de que Roma foi provavelmente a primeira entre os Itálicos a emitir uma moeda pública. Os decênviros foram os autores desta inovação importante, tendo a legislação de Sólon fornecido o modelo e a regulamentação do sistema monetário: “L’histoire doit consigner dans ses annales le fait que c’est Rome vraisemblablement qui, la première parmi les Italiques, a émis une monnaie publique. Les décenvirs furent les auteurs de cette innovation importante, la législation de Solon leur ayant fourni le modèle et la réglementation du système monétaire”.³

No mesmo sentido, vemos alinhado também MAX WEBER, ao afirmar: “La moneda fué introducida por los gregos como medio de cambio en las transacciones con mercaderías. Por el contrario, hasta tres siglos después de la invención de la moneda no se decidió Cartago a acuñarla, y aun así no lo hizo para crear un instrumento de cambio, sino, simplemente, como medio de pago para sus tropas mercenarias. (...) También Roma, que en los tiempos primitivos tuvo

3 MOMMSEN, Théodore. **Histoire Romaine**. Traduite par C. A. Alexandre. Librairie A. Franck, Paris. Tome Deuxième, 1864, p. 272.

un comercio passivo muy acentuado, tardó mucho en cuñar moneda, habiendo comenzado con la acuñación de monedas de cobre”.⁴

Os romanos, na medida em que iam estendendo sua influência externa, estabeleciam-se nas províncias como funcionários oficiais ou como pessoas comuns, enquanto as pessoas ricas das províncias adquiriam a cultura romana. As cidades e as grandes propriedades territoriais constituíram centros de atividade em que se faziam as trocas dos produtos manufaturados pela matéria prima dos locais que os rodeavam.

No entanto, os caminhos parecem ter servido às finalidades romanas, assim como as cidades e a cultura dependiam sobretudo da influência romana para sua sustentação. A grande massa do povo permanecia passiva, evoluindo pouco a pouco.⁵

Por mais que Roma se esforçasse para apagar as diferenças de linguagem e de tradições nacionais, essas diferenças subsistiam e dificultavam o comércio; e os povos continuavam separados por grandes distâncias e por graves barreiras físicas. O desenvolvimento comercial do Ocidente, ainda quando possa parecer grande em comparação com as condições do período subsequente de desordem, foi muito limitado, inclusive no apogeu do período romano.⁶

Já no século III antes da era atual, o governo romano começou a fragmentar-se. Carecia de força para reprimir as revoltas internas nas províncias e para repelir as incursões dos bárbaros em suas fronteiras. O processo de decadência estava já bastante avançado muito antes da “Queda de Roma” (em 476), quando o Imperador romano do Ocidente perdeu totalmente a autoridade que tinha.

Os restos da dominação romana agruparam-se a partir de então ao redor da capital oriental, Constantinopla.⁷

No ano 31 antes da era atual, a Itália e as províncias governadas por magistrados estendiam-se mais ou menos sobre toda a bacia do Mediterrâneo, abrangendo muitas vezes só a faixa costeira. Se a Espanha e a Gália formavam massas continentais, a Itália, a Dalmácia, a Grécia – Macedônia, Ásia Menor, Cirenaica e a parte então ocupada da África do Norte - eram regiões marítimas

4 WEBER, Max. **Historia Económica General**. Versión directa del alemán de Manuel Sanchez Sarto. Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 261-262.

5 DAY, Clive. Ob. cit., p. 25.

6 *Idem*, p. 26.

7 *Idem*, p. 27.

cujas retaguardas mal foram penetradas pela civilização e poder romanos. O império, em seu sentido territorial, como outrora as colonizações dos aqueus, fenícios e gregos, estava centralizado inicialmente no Mediterrâneo, por onde passavam as maiores vias de comunicação. Os Romanos, povo de origem terrestre, adaptaram-se á lógica de sua conquista.⁸

3. O direito comercial – em Roma e na atualidade

Muito já se discutiu acerca da existência ou inexistência do Direito Comercial como disciplina autônoma em Roma.

Na verdade, não existiam normas especiais para regular as relações comerciais: as poucas existentes encontravam-se incorporadas ao *ius civile*.

Deve-se, porém, assinalar que algumas normas e institutos do direito comercial tiveram sua origem no direito romano. Assim, o desapossamento dos bens do comerciante falido foi modelado na *cessio bonorum* dos romanos, processo segundo o qual o devedor insolvente era desapossado de todos os seus bens pelo poder público, que os vendia em hasta pública.

Como bem observou FRAN MARTINS, no direito marítimo, o Imperador Caracala fez com que fosse aplicada em todo o Império a *Lex Rhodia de lactu*, pela qual poderia o capitão do navio alijar a mercadoria ao mar, quando constituísse perigo para a embarcação. “Esses fatos, porém, não são suficientes para que se afirme que no direito romano existiu um direito especial, diverso do direito comum dos cidadãos, a regular as transações comerciais”.⁹

Na mesma linha de pensamento, podemos citar ARNOLDO WALD, lembrando que embora possam ser encontradas disposições de direito comercial até nos Códigos de Manu, na Índia, e de Hammurabi, na Babilônia, ou ainda nas normas de direito marítimo recebidas pelos romanos dos fenícios e que constam da *Lex Rhodia de lactu*, “é evidente que a antiguidade não concebeu um direito comercial, sistematizado. Efetivamente, a rigidez do *ius civile* podia ser corrigida, em Roma, seja pelo direito pretoriano de caráter jurisprudencial, seja pelo *ius gentium*, aplicável aos estrangeiros. (...) Somente na era cristã, quando se iniciava o período da decadência política, é que Roma admitiu o capitalismo

8 PETIT, Paul. **A Paz Romana**. EDUSP Pioneira. Trad. de João Pedro Mendes. S. Paulo, 1989, p. 83

9 MARTINS, Fran. *Comércio*. In **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 16. Editora Saraiva, S. Paulo, 1977, p.175.

mercantil, que não chegou todavia a se firmar, sofrendo, em seguida, colapso com a invasão dos bárbaros e o advento da fase feudal”.¹⁰

A doutrina realmente reconhece que a criação do direito comercial, conforme explica ARNOLDO WALD, não constitui uma insuperável exigência lógica, mas sim um fato histórico e que a evolução da sociedade contemporânea, tornando mais semelhantes as exigências das diversas categorias sociais e atenuando o contraste entre a atividade mercantil e as demais – inclusive a agrícola –, poderá permitir que se elimine a distinção entre direito comercial e direito privado comum.

No Brasil, atualmente, o direito comercial goza de autonomia formal, tendo um código próprio (Código Comercial), autonomia didática (a existência de cátedra de direito comercial nas faculdades) e suposta autonomia científica (o reconhecimento da existência do princípio próprio na interpretação e aplicação do direito comercial).

No fim do século XIX, o comercialista italiano CESARE VIVANTE condenou a dicotomia do direito privado, entendendo que devia ser restabelecida a sua unidade. Entre os argumentos apresentados, destacam-se:

- “a) nem a ciência comercial, nem a legislação distinguem com clareza e nitidez as relações jurídicas que devem ser regidas respetivamente pelo direito comercial e pelo direito civil, ensejando conflitos de competência;
- b) a autonomia do direito comercial é um anacronismo que se explicava na época em que se aplicava exclusivamente aos membros das corporações, não mais se justificando quando atualmente rege os atos do comércio praticados seja por comerciantes seja por não comerciantes;
- c) a divisão do direito privado exerce influência perniciosa sobre o seu desenvolvimento científico”.¹¹

A tese da unificação do direito privado no Brasil foi brilhantemente defendida, ainda no século XIX, por Teixeira de Freitas, que, tendo elaborado seu

¹⁰ WALD, Arnoldo. *Direito Comercial I*. In *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Vol. 25. Editora Saraiva, S. Paulo, 1977, p. 443.

¹¹ *Idem*, p. 448.

Esboço de Código Civil, propôs ao Governo a unificação da nossa legislação de direito privado, pondo-se “fim a essa calamitosa duplicação das leis civis”.¹²

Entre os romanos, que concebiam o Direito como arte, não como ciência, tal divisão seria impensável.

De fato, essa divisão do direito em compartimentos estanques, como disciplinas supostamente autônomas (Direito Civil, Direito Penal, Direito Comercial, etc.) vem do cientificismo jurídicomoderno, que supõe a necessidade de se classificar o direito em diversas especialidades, enquanto os romanos facilitavam tudo pela unificação do conceito do *ius*, concentrando nesta palavra a ideia do que é justo e aplicando-o diversamente em cada caso concreto.

4. Consequências da reforma militar de Caio Mário

A facilidade com que os romanos entenderam o comércio, inicialmente como uma simples troca de mercadorias para a satisfação das necessidades comuns da sociedade, sofreu profundas consequências após a famosa reforma militar de Caio Mário.

De fato, dois acontecimentos, no fim do segundo século antes da era atual provocaram o descrédito da oligarquia dirigente dos destinos da República Romana e aproximaram, novamente, o partido popular e a ordem equestre, levando ao poder Caio Mário: A guerra contra Jugurta e a invasão dos Cimbros e Teutões. Tais acontecimentos provocaram forte reação em Roma, especialmente da parte da ordem equestre formada por homens de negócios (*negotiatores*).

Os cavaleiros e o partido popular elegeram cônsul Caio Mário para o ano 107 antes da era atual. Mário promoveu uma importante reforma militar não só dando novo armamento e nova organização aos legionários, mas admitindo voluntários pobres nas fileiras do exército. Essa reforma militar teve como consequência o aparecimento do soldado profissional fazendo do serviço militar um meio de vida, apegado mais à pessoa de seus comandantes do que aos interesses comuns da pátria.

Com o novo exército, Mário, restabeleceu o prestígio das legiões romanas na África (106-105 antes da era atual), conseguindo derrotar e aprisionar Jugurta que, em 104, com trajes régios e cadeias, acompanhou o carro triunfal do vencedor.

12 Cf. MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas – O jurisconsulto do Império**. Livraria José Olímpio Editora, Rio de Janeiro, 1979, p. 284 ss.

A Numídia foi, então, dividida entre aqueles que se submeteram a Roma. Um forte abalo sísmico e a consequente invasão do mar forçaram os Cimbros e Teutões (povos em que se mesclavam elementos célticos e germânicos) a abandonarem seu «*habitat*» e buscarem, ao sul, novas terras.

Os romanos sofreram atrozes derrotas diante da impetuosidade dos bárbaros que, entretanto, por falta de organização e planejamento, não souberam aproveitar a vitória que a coragem e o número lhes haviam proporcionado.

O exército romano da África foi transportado, às pressas, para a Gália e seu comando entregue a Mário. Este organizou, entre Marselha e o Ródano, a defesa da província Narbonense e conseguiu infligir, sucessivamente, definitiva derrota aos Teutões, em Aix, e aos Cimbros em Verceli, na Cisalpina.

Mário atingiu, então, o auge do prestígio e foi eleito cônsul pela sexta vez (ano 100 antes da era atual).¹³

Entretanto, a reforma militar de Caio Mário, por mais que ele estivesse imbuído das melhores intenções, preparou o caminho para sangrentas guerras civis e a consequente queda definitiva da República, seguida do regime imperial, a partir do século subsequente.

Em termos de linguagem atual, diríamos que Caio Mário, ao tornar o serviço militar uma atividade mercenária, cometeu o grande erro de privatizar o exército, com o que estimulou a ambição e o enriquecimento dos aproveitadores de ocasião (comandantes de guerra e comandados), abrindo assim caminho fácil para o comércio da coisa pública, que se alastra até hoje nas mais diversas formas da política das privatizações, enriquecendo o setor privado em prejuízo do interesse público.

5. Desvios jurídico-políticos da atividade comercial

Com a privatização do serviço militar por obra de Caio Mário, abriram-se as comportas para o consequente comércio da coisa pública a desviar-se do seu sentido social e transformar-se em verdadeiro instrumento de força controlado pelo poder econômico.

Politicamente, a partir daí, o mundo passou a percorrer as mais diversas formas de dominação: Principado, Dominato, Monarquias absolutistas, Estados

13 .http://www.historia.templodeapolo.net/civilizacao_ver.asp?Cod_conteudo=399&value=A%20reforma%20militar%20de%20Caio%20Mario&civ=Civiliza%C3%A7%C3%A3o%20Romana&topico=Pol%C3%ADtica/Acesso. Acesso em 9/5/2016

Teocráticos, Despotismos, Ditaduras, Tiranias, etc., até chegar hoje ao cúmulo de erigir o mercado como divindade suprema, nas mais variadas formas de escravidão pelas desigualdades sociais.

É o atual fenômeno da Geoeconomia, estabelecida segundo a lógica da Geopolítica no comércio mundial, que encontra amparo numa nova forma do Liberalismo – o Neoliberalismo – a produzir por sua vez uma nova forma de escravidão: a escravidão ao capital.

Oportuna é a observação de BRAZ BARACUHY: “A Geoeconomia evoluiu da Geopolítica. Em sua concepção moderna, a Geopolítica designa o estudo da configuração de poder no sistema internacional e suas implicações para a competição política internacional e para a morfologia estratégica do espaço mundial. Tanto a Geopolítica quanto a Geoeconomia estão essencialmente associadas à competição geoestratégica por primazia e poder internacional no mapa-mundi. Mas a Geoeconomia particulariza a lógica Geopolítica e lhe resalta a dimensão do poder econômico”.¹⁴

Na conformação desse sistema multipolar, potências econômicas tradicionais, como os EEUU e a Europa, em processo de recuperação da crise financeira mundial de 2008, passaram a coexistir com potências econômicas emergentes, como o Brasil, a Rússia, a Índia, a China e a África do Sul (BRICS), entre outras. A reforma da ordem econômica internacional de Bretton Woods, de suas regras e instituições; o impasse nas negociações da Rodada Doha na Organização Mundial do Comércio (OMC); as grandes negociações comerciais mega-regionais, como as Parcerias Transpacífica (TPP) e Transatlântica (TTIP); as estratégias de inserção das principais potências econômicas, como a “Nova Rota da Seda” da China; entre tantos outros exemplos, tornaram indispensável repensar o aspecto geoeconômico das relações internacionais contemporâneas.¹⁵

O comércio industrial é a troca de bens e serviços através de fronteiras internacionais ou territoriais. Está presente em grande parte da História da Humanidade, mas a sua importância econômica, social e política tornou-se crescente nos últimos séculos. O avanço industrial, dos transportes, a globalização, o surgimento das corporações multinacionais tiveram grande impacto no incremento deste comércio.

14 <http://politicaexterna.com.br/2814/geoeconomia-logica-geopolitica-comercio-mundial/>Acesso em 15/05/2016.

15 *Idem, ibidem.*

A propósito da Teoria do Comércio Internacional, vale lembrar dois modelos que hoje se debatem: o **Modelo Ricardiano** e o **Modelo Hecks-Ohlin**.

O **Modelo Ricardiano** (de David Ricardo) foca nas vantagens comparativas (ou vantagens relativas). Neste modelo, os países se especializam em bens ou serviços que produzem relativamente melhor. Diferentemente de outros modelos, o **Ricardiano** prevê que determinados países se especializarão em poucos produtos em vez de produzir um grande número de bens. O modelo não considera diretamente as características naturais de um país, como disponibilidade relativa de mão de obra e de capital, mas apenas um fator de produção, qual seja a mão de obra (trabalho).

O diferencial de produtividade do trabalho e o custo de oportunidade nos países justificariam a especialização dos países, que realizariam, desta maneira, trocas internacionais decorrentes da especialização.

O **Modelo de Heckscher-Ohlin** foi criado como uma alternativa ao **Modelo Ricardiano**. Apesar do seu poder de previsão maior e mais complexo, ele também tem uma missão ideológica: a eliminação da teoria do valor do trabalho e a incorporação do mecanismo neoclássico do preço na teoria do comércio internacional. A teoria defende que o padrão do comércio internacional determina-se pela diferença na disponibilidade de alguns fatores naturais. Esta teoria prevê que um país exportará aqueles bens que fazem uso intensivo daqueles fatores (insumos, por exemplo) que são abundantes neste país e importarão aqueles bens cuja produção é dependente de fatores escassos localmente. Ou seja, o modelo expõe que um país abundante em capital exportará bens de capital, enquanto um país em posição contrária, com escassez de capital, exportará bens ou serviços que sejam intensivos no uso do fator de produção: a mão de obra.¹⁶

Nas relações entre o comércio e a indústria, evidencia-se no mundo capitalista a exploração da mão de obra barata, acentuando-se cada vez mais as desigualdades sociais nas distorções entre o trabalho e o capital com a emigração das grandes indústrias do capitalismo de centro para o capitalismo de periferia.

Mais de cem anos após a morte de Karl Marx, o capitalismo novamente conduz àquela direção que ele bem definiu: “A tendência geral da produção

¹⁶ https://es.wikipedia.org/wiki/Comercio_internacional/Acesso. Acesso em 19/05/2016.

capitalista não é de aumentar o nível médio das remunerações, mas sim de reduzi-lo, ou achatar o valor do trabalho até seu limite mínimo”.¹⁷

6. O comércio atual como força de dominação

O tema relacionado com o trabalho e o capital é amplo demais para se esgotar neste pequeno espaço. De qualquer forma, sugere breve reflexão sobre o “Governo Invisível” a ocultar a expansão e dominação do comércio sob o controle da atividade sindical do trabalho pelo poder econômico.

A partir do movimento operário dos EEUU do século passado, a Agência Central de Inteligência (CIA), formalmente constituída em 1947, destinava-se a tornar-se o centro de todo o sistema de serviços de inteligência coordenados que estivessem em operação.

ALLEN DULLES louvava a CIA como herdeira de uma tradição de inteligência que datava dos dias da guerra revolucionária e mesmo dos tempos mais antigos.¹⁸

Conforme explanação de GEORGE MORRIS, os defensores da CIA tem-na retratado como se fosse apenas uma velha “necessidade” atualizada com todas as técnicas oferecidas pela era eletrônica e atômica, confiando na aceitação geral da inteligência como um adjunto inevitável da guerra e das engrenagens militares. Porém, jamais houve tanta grita pública contra uma agência de inteligência, como por ocasião do fiasco da CIA na Baía dos Porcos.

A partir daí, desencadeou-se copiosa literatura do tipo “agora-já-se-pode contar”, dando ao público sua primeira visão interior da CIA:

“O povo viu bem mais do que a atividade de espionagem sofisticada que lhe fornece a televisão e a ficção. Aprendeu que muitos fatos que tem envergonhado os Estados Unidos perante o mundo, eram operações da CIA; que a CIA dispõe de meios para mobilizar forças armadas de considerável amplitude, e equipamento militar para invadir países e derrubar governos, e se constitui na verdade em um “governo invisível” através do qual são levadas à prática

17 MARX, Karl/ENGELS, Friedrich. **Obras**. Tomo 16: “Salário, Preço e Lucro”, Edição Berlim, 1962, p. 103-152.

18 DULLES, Allen. **Craft of Intelligence**. New York, 1963.

políticas diretamente opostas àquelas anunciadas ao povo por elevados pronunciamentos presidenciais”.¹⁹

Quanto ao suporte material, ninguém sabe qual é o orçamento anual da CIA, conforme o citado autor:

“A lei sob a qual ela foi criada permite segredo tão rigoroso que a agência não tem que prestar contas a quem quer que seja. Um comitê especial do senado aprova simplesmente em branco quaisquer fundos solicitados pela CIA, sem fazer perguntas. A agência emprega secretamente cerca de 20.000 pessoas. (...). Grande parte dos gastos da CIA é canalizada através de companhias fictícias, ou em contratos com universidades acertados por meio de um grupo de fundos de dotação, com nomes inocentes. Quadros inflacionados de pessoal de embaixadas, em muitos países, abrigam agentes sob cobertura diplomática. A CIA também treina pessoas para atividades de sabotagem, e mesmo assassinatos, segundo algumas autoridades”.²⁰

Não há pessoa alguma neste recinto sagrado da inteligência que possa ser considerada como um representante “público”. “Mesmo os líderes sindicais mais conservadores não merecem a confiança de se aproximar da iniciação na inteligência”.²¹

Este organismo de militares e homens de corporações comanda uma máquina de âmbito mundial de pessoas “sob cobertura oficial no exterior”, em número tão grande quanto o de empregados sob o serviço diplomático, segundo ARTHUR M. SCHLESINGER JR.²²

“O gatinho inofensivo que a CIA deveria ser tornou-se uma fera, por quem ninguém deseja assumir a responsabilidade, ao que parece. Na medida em que cresce o clamor público por seu controle, os próprios homens que a criaram tem tentado descartar-se da responsabilidade”.²³

O próprio presidente TRUMAN escreveu que “gostaria que a CIA fosse devolvida à sua destinação original, como um braço para questões de inteligência do presidente, para tudo que pudesse realizar adequadamente neste campo especial.

19 MORRIS, George. *A CIA e o movimento operário Americano*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 1967, p. 15.

20 *Idem, ibidem*.

21 *Idem*, p. 23.

22 SCHLESINGER JR., Arthur M. *Mil Dias (A vida de Kennedy na Casa Branca)*. Editora Civilização Brasileira-Gb, 1966.

23 MORRIS, George, ob. cit., p. 23.

Há algo sobre a maneira com que a CIA vem funcionando, que está lançando uma sombra sobre nossa posição histórica, e sinto que precisamos corrigir isto”.²⁴

O presidente EISENHOWER, sob cuja administração ALLEN DULLES e o Secretário de Estado JOHN FOSTER DULLES, seu irmão, fizeram da CIA o monstro que é, divulgou uma advertência em seu último discurso como presidente, a 7 de janeiro de 1961:

“Temos sido compelidos a criar uma indústria permanente de armamentos, de vastas proporções (...). Gastamos anualmente, somente na segurança militar, mais do que a renda conjunta de todas as corporações. Agora, esta conjunção de imenso estabelecimento militar e uma ampla indústria de armamentos constitui-se em algo novo na experiência americana. A influência total – econômica, política e mesmo espiritual – é sentida em cada cidade, cada dependência estadual, cada escritório do governo federal (...). Nosso trabalho, recursos e ofícios estão todos envolvidos; da mesma forma que a própria estrutura de nossa sociedade”.²⁵

Como se não bastasse o monstruoso comércio de armas desenvolvido por um país que se jacta de apresentar-se ao mundo como exemplo de democracia, liberdade e justiça, em evidente desvio dos valores humanos a fabricar e vender em alta escala as mais sofisticadas máquinas de matar, seu poder alastrou-se também pelo mundo, manipulando os movimentos sindicais operários.

Informações publicadas já em meado do século passado revelavam que a CIA vinha financiando além dos sindicatos de operários, até mesmo organizações estudantis e culturais para consolidar e expandir seu poder econômico pelo mundo.²⁶

7. A armadilha da globalização

Em fins de 1995, numa reunião a portas fechadas, 500 representantes da elite mundial debateram as perspectivas do mundo para o século XXI. A avaliação foi devastadora: bastará 20% da força de trabalho para fazer girar a roda da economia. Os restantes 80% deverão contentar-se com pouco mais do que pão e circo.

Reduzir gastos públicos, diminuir salários e cortar despesas com assistência social - esta foi a receita então apresentada para a integração global.

24 TRUMAN, Harry S. In: *North American Newspaper Alliance*, 12/12/1963.

25 EISENHOWER, Dwight D. *Apud* MORRIS, George, ob. cit., p. 24.

26 BRADEN, Thomas W. *Saturday Evening Post*, 20 de maio de 1967. Cf. MORRIS, George, ob. cit., p.151.

“A integração global é acompanhada da ascensão de uma doutrina redentora da economia, que um exército de consultores econômicos constantemente leva à política: o neoliberalismo. Simplificando, eis sua tese básica: o mercado é bom e interferências do Estado são ruins”.²⁷

Partindo dos expoentes dessa escola, entre os quais o economista estadunidense e prêmio-Nobel Milton Friedmann, os governos do Ocidente, majoritariamente a favor da liberalidade na economia, levantaram este dogma como diretriz de sua política no decorrer da década de 1980. Desregulamentação em vez de controle pelo Estado, liberalização do comércio e do fluxo de capitais, bem como privatização das empresas públicas, tornaram-se armas estratégicas no arsenal dos governos crentes na economia do mercado e no das organizações por eles orientadas: Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional (FMI) e Organização Mundial do Comércio (OMC).

O colapso da União Soviética favoreceu ainda mais a difusão e o impacto global dessa crença.

“Livre da ameaça da ditadura do proletariado, parte do mundo empenha-se agora no estabelecimento da ditadura do mercado internacional”.²⁸

Simultaneamente, cresce no mundo inteiro a massa de emigrantes andarielhos que procuram fugir da miséria.

“Contudo, a corrida mundial por máxima eficiência e mínimos salários está abrindo as portas do poder à irracionalidade”.²⁹

Já em 1930, um ano após o grande colapso da Bolsa de Nova York, o descalabro econômico arrastou a política à catástrofe global.

Na ocasião, a revista inglesa *The Economist* comentou: “O maior problema da nossa geração consiste em que os fatos econômicos superam tanto os políticos que economia e política não conseguem manter o mesmo ritmo. Economicamente, o mundo tornou-se uma unanimidade comercial. Politicamente, continua fragmentado. As tensões entre os dois desenvolvimentos opostos provocaram um abalo em cadeia na vida societária da humanidade”.³⁰

27 MARTIN, Hans Peter & SCHUMANN, Harald. **A Armadilha da globalização – O assalto à democracia e ao bem-estar social**. Trad.: Waldtraut U. E. e Clara C. W. Sackiewicz. Ed. Globo S.A. São Paulo, 1996, p. 17.

28 *Idem*, p. 18

29 *Idem*, p. 21.

30 *Idem*, *ibidem*.

Enquanto isso, a guerra continua sendo a válvula de escape quando os conflitos sociais se tornam insuportáveis, mesmo em forma de guerra fratricida contra minorias étnicas ou regiões separatistas.

E o capital continua a promover o terror e a multiplicar a miséria no agigantamento das desigualdades sociais cada vez mais agudas.

Em 1985, Alemanha, Bélgica, França e Luxemburgo haviam anunciado o Acordo de Schengen, que propunha suprimir gradualmente os conflitos nas fronteiras comuns e instaurar um regime de livre circulação para todos os cidadãos dos estados signatários e de outros países europeus que aceitassem os seus termos. Uma burguesia triunfante aparentava, então, ser potencialmente capaz de realizar o sonho de uma Europa livre, democrática, internacionalmente unificada pelo mercado, e não pela união dos trabalhadores preconizada pelo Manifesto Comunista de 1848. A queda do Muro de Berlim (9 de novembro de 1989), a assinatura do Tratado de Maastricht (7 de fevereiro de 1992) e a entrada em vigor da União Europeia (novembro de 1993) pareciam referendar a vitória do capital. Se algo demonstrava que a História tinha mesmo chegado ao fim, com o triunfo inquestionável do liberalismo, era a Europa de Schengen. Mas o sonho acabou, como disse muito bem o jornalista JOSÉ ARBEX JUNIOR:

“A crise dos refugiados escancarou completamente a tampa do bueiro da xenofobia, racismo e islamofobia que palpitam nos subterrâneos da vida política e cultural da Europa. Nesse quadro de atentados abomináveis que sacudiram Paris, praticados em 13 de novembro de 2015, reivindicados pelo grupo *Jihadista* Isi, jogaram no colo dos governos europeus todos os pretextos para fechar as fronteiras nacionais, declarar estado de emergência e ampliar os poderes das polícias, onde medidas de exceção já estavam em vigor, além de acentuar a retórica nacionalista e anti-islâmica. Imediatamente após os atentados, houve uma escalada de medidas repressivas e de controle por parte dos governos europeus”.³¹

Recentemente, até março de 2016, pelo menos 113 pessoas morreram em quatro naufrágios no mar Mediterrâneo, entre a costa da Líbia e a ilha italiana de Lampedusa, conforme informação da Organização Internacional para as Migrações.

Segundo a entidade, 84 pessoas parecem ter desaparecido e outras 29 se afogaram em duas outras tentativas de travessia em botes de borracha no Canal da Sicília.

31 ARBEX JUNIOR, José. “*Capital promove terror*”. In: Revista **Caros Amigos**. Ano XIX, número 225, São Paulo, p. 17.

No total, desde janeiro de 2016, 28.593 imigrantes e refugiados chegaram pelo mar à Itália, e 154.862 aportaram na Grécia. A tendência, no entanto, é que o número de pessoas que tentam a travessia pelo lado italiano seja maior.

Os principais motivos são o fechamento das rotas terrestres nos Bálcãs e o acordo da União Europeia com a Turquia para deportar imigrantes rejeitados pela Grécia e aceitar refugiados sírios em campos turcos.³²

Os mais apressados, ou aqueles movidos pela má-fé, poderiam atribuir aos grupos *jihadistas* em geral, e ao Isis, em particular, a responsabilidade pelo processo de militarização das fronteiras que conduz ao colapso do acordo europeu.

Nada mais falso – afirma o citado jornalista: “Claro que o terrorismo facilita a ação dos governos reacionários e conservadores, ao gerar ondas de pânico e insegurança entre a população, mas a implantação do estado de exceção é peça essencial de uma estratégia de preservação da ordem, numa situação de crise prolongada e de crescentes tensões regionais. A suposta ‘guerra ao terror’ ocupa um lugar secundário nesse quadro; apenas no plano da retórica adquire prioridade absoluta. (...) Na Europa, está em curso o velório da Europa de Schengen, e a aprovação de medidas cada vez mais duras de exceção. Aquilo que resta da ‘ordem mundial’ se desintegra a olhos vistos, preparando o caminho para um retrocesso global autoritário inspirado por Auschwitz.

A culpa não é do Islã. O terror está em outro lugar: pergunte aos banqueiros”.³³

8. Considerações finais

Quanta falta faz ao mundo contemporâneo o devido conhecimento e assimilação das lições romanas!

De fato, até mesmo durante a decadência da época imperial, todas as fronteiras do território romano foram abertas a seus cidadãos e aos estrangeiros (peregrinos).

A cidadania romana, que nos primeiros tempos de Roma era restrita somente aos romanos, passou a estender-se, a partir do ano 212, a todos os habitantes das províncias que não eram romanos, pela promulgação da *Constitutio Antoniniana de Ciuitate*, editada pelo imperador Antonino Caracala.

32 Agência de Notícias da **Folha de S. Paulo**, 03/05/2016.

33 ARBEX JUNIOR, José. Ob.cit, p.17.

Sobre esse importante evento histórico, o jurisconsulto ULPIANO, que viveu nessa época, entre 150 e 223, assim se expressou: “*In orbe romano omnes qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini ciues romani effecti sunt* (Pela Constituição do imperador Antonino, todos os que estão no orbe romano tornaram-se cidadãos romanos)”.³⁴

Evidentemente, nessas condições, o comércio passou a ser estendido livremente a todos, na mais natural e espontânea forma natural de trocas recíprocas de bens, em todo o território romano.

Ao longo dos séculos, entretanto, o conceito romano de *commercium* passou a sofrer graves desvios, em flagrante violação do direito, a ponto de se constituir hoje numa verdadeira força de dominação política concentrada nos países mais fortes em prejuízo dos mais fracos, principalmente por razões ideológicas

Um dos mais clamorosos casos dos últimos tempos é o caso do embargo, também chamado bloqueio econômico, comercial e financeiro imposto a Cuba pelos EEUU, que se iniciou em 7 de fevereiro 1962, com o objetivo, entre outros, de prejudicar o setor público cubano, especialmente a saúde.

Essa imposição foi convertida em lei nos anos 1992 e 1995.

Em 1999, o presidente Bill Clinton ampliou este embargo comercial proibindo as filiais estrangeiras de empresas estadunidenses de comercializar com Cuba, em valores superiores a 700 milhões de dólares anuais.

Essa medida permaneceu em vigor até recentemente, tornando-se um dos mais duradouros embargos econômicos da História contemporânea, não obstante sua condenação pela Assembleia Geral das Nações Unidas e a reprovação até mesmo de tradicionais críticos do regime socialista cubano.

Segundo relatório anual da ONU, realizado em 2005, o embargo já havia causado a Cuba, desde o seu início até 2005, um prejuízo superior a 89 bilhões de dólares, além do atraso do progresso do país em decorrência da paralização econômica.

Em outubro de 2015, depois de sucessivas condenações por anos a fio, mais uma vez, a Assembleia Geral da ONU condenou o bloqueio de Cuba por 191 votos a favor em 193. Somente os EEUU e Israel rejeitaram o documento e nenhuma das nações se absteve.

O Papa João Paulo II também condenou publicamente o bloqueio durante suas visitas a Cuba em 1979 e 1998.

Em 2014, o Papa Francisco insistiu no fim do embargo.

³⁴ D. 1, 5, 20, 17.

Finalmente, no dia 17 de dezembro de 2014, o governo dos EEUU reconheceu a necessidade de dar fim ao impasse.

Todo esse longo pesadelo, alimentado pelo combustível da famigerada Guerra Fria, tinha por base a demonização do marxismo.

Hoje, passado mais de meio século do massacre imposto a Cuba, o mundo novamente volta a debruçar-se sobre a herança doutrinária de KARL MARKS.

Em pequeno e brilhante livrinho de apenas 90 páginas, recém-publicado na Itália, berço do Direito Romano, sob o título **Quel Que Resta di Marx** (O Que Resta de Marx), o filósofo e historiador BEPPE VACCA, destacado presidente do Instituto Gramsci, em Roma, oferece chaves interpretativas da realidade mundial.³⁵

A tese central da obra é de que a carência de reconstruções satisfatórias da história mundial contemporânea por parte das forças democráticas é resultado também da marginalização do pensamento de MARX.

“Não se trata, obviamente, de invocar um acrítico retorno ao pensador do século XIX, mas é fato que o modesto ideário progressista contemporâneo, sem a bússola das instituições cardinais marxistas, não consegue oferecer um fundamento histórico e um fôlego estratégico à ação política.

Paradoxalmente, quem assimilou muito bem a lição do velho barbudo de Trier e as aplicou para impor sua férrea narração hegemônica são as forças dominantes da ‘revolução neoconservadora’, baseada em um trinômio claro: uma nova ideia de sociedade, em que a dimensão coletiva não existe. Só existem a centralidade do indivíduo, uma nova ideia da economia, fundada no primado do empreendedor como padrão explorador, e uma ideia de democracia sustentável na base dos primeiros dois elementos, ou seja, uma democracia mínima, passível de ser desmantelável caso não resulte alinhada coerentemente com as prioridades do sistema dominante.

(...) Além do projeto revolucionário neoconservador das últimas décadas, a outra força global que parece ter assimilado muito profundamente o pensamento marxista e gramsciano parece ser a Igreja Católica do Papa Francisco (...) agora muito mais atenta, do ponto de vista filosófico e teológico à tendência de declínio da hegemonia da modernidade ocidental e preocupada também com a inaceitável fratura entre ciência e fé”.³⁶

35 Cf. BERNABUCCI, Cláudio. “De Karl Marx a Papa Francisco”. In: Revista **Carta Capital**, Ano XXII, Número 902, 25 de maio de 2016, p. 52.

36 *Idem*, p. 53.

Efetivamente, o Papa Francisco tem conseguido até o momento imprimir uma extraordinária aceleração à reforma do catolicismo que permite à elite intelectual da Igreja Católica metabolizar a cultura moderna e apropriar-se dela, ao mesmo tempo em que utiliza o marxismo de forma impressionante.

Seja como for, parece-nos inadiável lutar contra a violência econômica que hoje assola o mundo, mediante uma profunda consciência crítica que permita corrigir os desvios do conceito de comércio, com o retorno dos autênticos valores democráticos que só a República Romana soube entender e praticar.

El mutuo desde Roma hasta nuestros días

Prof. Graciela Liliana Fernandez¹

Introducción

Nos propusimos continuar con este trabajo, el estudio del contrato de mutuo que iniciáramos hace algunos años, con otros compañeros profesores de Derecho Romano de la Universidad Nacional de Córdoba. Aquella investigación se denominaba “el contrato Real: el mutuo” como se imaginan ya desde el título ha variado y por ello el estudio de la institución.

Para este estudio, analizaremos las fuentes del mutuo en el Corpus Iuris Civilis y los distintos autores que se dedicaron a su tratamiento y distintos ordenamientos que lo regularon e influenciaron a sus disposiciones por el Derecho Romano.

Luego veremos las semejanzas y diferencias del mutuo en el Derecho Romano y el Código Civil del Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield y por último las innovaciones introducidas por el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de lo que podemos deducir:

En primer lugar la supresión de la categoría de contratos reales, se convierte al mutuo en un contrato consensual. Dicha caracterización no cambia la causa de la obligación de restituir la cosa que es la tradición de la cantidad de cosas en el mutuo. Segundo se establece la bilateralidad del mutuo. Tercero se invierte la regla de la gratuidad del mutuo civil y comercial. En el Proyecto y en el Código Civil y Comercial, sin distinción según la materia civil o comercial, se presume la obligación de pagar intereses compensatorios, salvo pacto en contrario y por último se faculta a los jueces a reducir de oficio los intereses desmesurados.

Origen histórico

En el Derecho romano, el mutuo o préstamo de consumo, fue considerado como un contrato real unilateral, por el que el mutuario, que recibía del mutu-

¹ Prof. De Derecho Romano- Facultad de Derecho. U.N.C.

ante una cierta cantidad de dinero o de bienes fungibles, se obligaba a devolver la misma cantidad del mismo género y calidad. Gayo dice que la entrega en mutuo se hace propiamente con las cosas que se pesan, cuentan o miden, como es el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro. Cosas éstas que se entregan contándolas, midiéndolas, o pesándolas, con el fin de que se hagan de la propiedad de quienes las reciben, y se devuelvan después, no las mismas cosas, sino otras de igual naturaleza: **se llama mutuo, porque lo que de esta manera te doy, lo mío tuyo se hace. Pero el que tiene una importancia y una aplicación mayor es el mutuo de dinero.**

El mutuo es el prototipo de los negocios crediticios y lo que realmente se presta es la cantidad o valor, lo que supone que no siempre la dación consista en la entrega material del dinero por parte del mutuante, sino que se haga mediante una atribución contabilizable del valor. No es un negocio lucrativo, pero sí lo es gratuito, porque el mutuuario no da nada a cambio de su disponibilidad sobre la cantidad recibida. Sin embargo, suele hacerse con interés (*usura*), estipulando un precio por el uso, en una estipulación única, comprendiendo también la devolución del capital prestado. Esta clase de mutuo con *usurae* se llamó *fenus*.

Desde la época clásica del Derecho romano, se establecieron reglas para evitar el abuso en estas materias, tal como aquella de que los intereses nunca podían superar el doble del capital, y si se excedían y hubieran sido pagados, se podía repetir por dicho exceso (D.12.6.26.1; C.4.32.10; Nov. 121.2). El senadoconsulto Macedoniano (D. 14.6.1 pr.), de la época de Vespasiano, prohíbe el préstamo mutuo a los hijos de familia, aunque admite algunas excepciones como, por ejemplo, cuando el préstamo sustituye otra deuda válida.

En Las Partidas, la influencia del Derecho romano inspiró de modo casi exclusivo las secciones sobre Derecho civil y penal. Así, en la Partida 5 (P.5.1.3, P.5.1.4 y 6, etc.), se legisla acerca del mutuo, y se dice que quien tiene facultad para contratar puede dar y recibir prestado, sea por sí, o en nombre y como mandatario de otro. A las Iglesias, concejos, comunidades y menores se les puede prestar, pero para recobrar el préstamo es necesario probar que se convirtió en utilidad suya, y además se solicita la obtención de la licencia judicial antes de realizar el préstamo. Sin embargo, no se puede prestar a los hijos de familia sin consentimiento del padre, por estar sometidos a su potestad, y en estos casos, nadie queda obligado a pagar la deuda, incluidos los fiadores si los hubiera. Para aquellos préstamos por tiempo indeterminado o sin un plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor en pago

sino pasados treinta días a contar desde la fecha de requerimiento notarial que se le hubiese hecho.

Significado del termino

Mutuo deriva del verbo mutuo, as, are, que tiende a significar “cambiar de lugar”, de allí que en el mutuo precisamente la cosa que se da, se la entrega en propiedad, pasando a ser del otro llamado mutuuario. El mutuo, llamado también préstamo de consumo, es un contrato real, unilateral, gratuito, por el que una persona llamada mutuante entrega a otra llamada mutuuario, la propiedad de una determinada cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, que debe devolver otro tanto del mismo género y de la misma calidad (*tantundem eiusdem generis*)

- Características del contrato de mutuo

En cuanto a las características del contrato de mutuo, debemos decir: Es un a) **Contrato real:** la obligación de restitución no surge para el mutuuario hasta que éste reciba las cosas del mutuante. b) **Contrato unilateral:** sólo surgen obligaciones a cargo de mutuuario. c) **Contrato gratuito:** no pueden acordarse válidamente intereses mediante un pacto adjunto. d) **Existen más posibilidades aparte del mutuo de dinero:** el mutuo de dinero es el más corriente e importante, también pueden darse en préstamo otras cosas fungibles, como vino, aceite, trigo, oro, plata, etc. (Justiniano, Instituciones. 3,14 *“Contráese una obligación por la cosa, como por ejemplo, por la dación de un mutuo. Más la dación de un mutuo consiste en aquellas cosas que constan por peso, número o medida, como el vino, el aceite, el trigo el dinero acuñado, el bronce, la plata y el oro, cuyas cosas damos o contándolas, o midiéndolas o pesándolas, con el fin de que se hagan de los que la reciben y de que en algún tiempo, se nos devuelvan no las mismas cosa, sino otras de la misma naturaleza y calidad; de donde también se llamó mutuum, porque de tal modo se te da por mi algo, que de mío tuyo se hace. Y de este contrato nace la acción que se llama condictio”*).

Obligaciones del mutuuario

La obligación del mutuuario se centra en el deber de restitución, siendo preciso establecer a este respecto: a) cuánto debe restituir, b) qué debe restituir, y c) en qué medida.

El mutuario deberá restituir dentro del término acordado

Si no existe término se entiende que el mutuario debe tener siempre a disposición del mutuante el *tantundem* (otro tanto) para restituirlo cuando se pida.

El mutuario está obligado a devolver cosas del mismo género (*idem genus*) que las recibidas

Si se hubiese obligado a devolver cosas de otro género (*alius genus*), estaríamos ante un contrato de permuta y no de mutuo.

El mutuario deberá normalmente restituir la misma cantidad que recibió, pero puede pactarse restituir menos, en cuyo caso se entiende donación por la diferencia

Sin embargo no puede pactarse restituir más, pues la diferencia se entendería como intereses, y estos no pueden establecerse eficazmente mediante un pacto adjunto. Eso sí, podrán acordarse intereses mediante otro contrato, normalmente una estipulación. El tipo de interés (*usura*) fue limitado con Justiniano al seis por ciento anual (*dimidia centesima*), aunque con algunas excepciones. Según el artículo 1755, en el simple préstamo no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado.

- Tutela procesal y responsabilidad

Para exigir la restitución el mutuante disponía de la *actio certae pecuniae* cuando lo prestado era dinero, y de la *condictio certae rei* si el préstamo consistía en otras cosas fungibles. En cuanto a la responsabilidad, el mutuario no se libera de su obligación de restituir ni aún en el caso en que las cosas recibidas perezcan por fuerza mayor. Y ello es lógico por dos razones: + El mutuario, una vez recibida la propiedad de las cosas prestadas, el perecimiento de las mismas le afecta como propietario y no como contratante. + El mutuario es deudor de una prestación genérica y el género no perece (*genus non perit*): siempre tendrá que devolver otro tanto del mismo género y calidad.

El mutuo en el código de Velez

El código argentino regula de un lado, el contrato de mutuo unilateral y con carácter real al perfeccionarse con la *traditio* de la cosa, y regula la promesa de mutuo, como contrato en sí mismo, pudiendo ser oneroso y gratuito.

La *traditio* cumple en este contrato una doble función: la de perfeccionar el contrato, y a la vez la de transmitir la propiedad (art. 577 del Código civil). El art. 2244 del Código civil establece que “la promesa aceptada de hacer un empréstito gratuito no da acción alguna contra el promitente; pero la promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuese cumplida por el promitente, dará derecho a la otra parte por el término de tres meses, desde que debió cumplirse, para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses.

Ya lo señala Ghersi, el quedar desprovisto de la acción en el supuesto de la promesa de mutuo gratuito parece desafortunado, desde el punto de vista de la responsabilidad precontractual puesto que quiebra un interés de confianza. El art. 2240 del Código civil regula que “habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que ésta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”. La cosa que se entrega por el mutuante al mutuario debe ser consumible, o fungible aunque no sea consumible (art. 2241). El contrato como no requiere de una forma prescrita, incluso puede hacerse verbalmente, presenta la dificultad de la prueba del contrato y de la *traditio* de la cosa. Como las cosas son fungibles y consumibles, rige para el presunto mutuario la presunción de propiedad (art. 2412), por lo que el mutuante debe probar que el hecho de la *traditio*, como acto jurídico, es la ejecución del contrato de mutuo (art. 2246), sobre la base de los principios establecidos en los arts. 1193 y ss. del Código civil. Si el mutuario incorpora las cosas o productos, que después se utilizarán en insumos para la fabricación de otros nuevos, responde al igual que el mutuante, en la medida y condiciones del art. 1113, frente a los terceros damnificados.

El mutuo es unilateral porque solamente queda a cargo del mutuario la obligación de restituir las cosas, y no cambia esta situación el mutuo oneroso, por cuanto la atribución patrimonial queda también a su cargo. El mutuo oneroso de dar sumas de dinero está regulado en los arts. 616 y siguientes del Código civil. El legislador autoriza al pacto de intereses compensatorios (arts. 621, 1137 y 1197), con el límite propuesto de los parámetros oficiales y de la banca privada para evitar el delito de usura. En las últimas décadas se ha utilizado con mucha frecuencia el mutuo con cláusula en moneda extranjera: de una parte, el pago en moneda extranjera, como objeto de cumplimiento, (arts. 740 y 742) y de otra, cuando la moneda extranjera se convierte en valor de referencia (cotización del día del cumplimiento).

El Código Civil y Comercial de la Nación, el mutuo o préstamo de consumo se encuentra regulado en el Capítulo 20 (artículos 1525 a 1532) del Título IV cor-

respondiente al Libro Tercero. Se ha seguido la metodología propuesta para este contrato en el Proyecto de Unificación de 1998, pero el nuevo Código reviste algunas diferencias con el último. La comisión redactora, en sus fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, expresó: El mutuo se define en el Nuevo Código conforme al Proyecto de Unificación Artículo 1525: Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad una determinada cantidad de cosas fungibles y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

Siguiendo la estructura del presente trabajo, luego del concepto daremos los caracteres del mismo: 1) Es un contrato consensual, aparece triunfante la con sensualidad y se deja de lado a los contratos reales del Código de Vélez; La tendencia moderna se ha ido inclinando a favor de eliminar la categoría de contratos reales (Código Civil de Perú y el Proyecto 1998) donde se lo trata como contrato consensual. Por dicha razón es que si el mutuante no entrega la cosa prometida en el tiempo pactado, este puede, ahora sí, demandarle el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo. En estos casos, siendo el mutuo un contrato consensual, se transforma en bilateral. Para la configuración del contrato de mutuo no hará falta la *datio rei*, como exigía el Código de Vélez: será suficiente el contrato consensual para hacer plenamente exigible la entrega de las cosas. 2) Es bilateral. Hoy el contrato es bilateral y sinalagmático porque la obligación de entregar las cosas dadas en mutuo es correspectiva de su restitución, incluya o no intereses. 3) Es típico y nominado: porque su regulación resulta de normas objetivas generales. 4) Es conmutativo: las ventajas y desventajas pueden apreciarse desde el momento de la celebración del contrato. 5) Es Oneroso salvo pacto en contrario: El contrato de mutuo no ha escapado a la tendencia, insistimos en la presunción de onerosidad establecida en el Proyecto de 1998, trasladando al derecho común la regla del derecho mercantil y que en la práctica sustituye a la gratuidad del derecho civil. 6) Es no Formal: El contrato de mutuo no requiere forma específica alguna, toda exigencia de instrumentación reviste la calidad de *ad probationem* y en nada afecta a la existencia del contrato - Por ello el artículo 2246 determina que puede ser contratado de cualquier manera, hasta verbalmente, sin dejar de pensar en los riesgos probatorios que ello puede ocasionar. 7) Transmite la propiedad: la tradición puede ser hecha por cualquiera de las formas autorizadas por la ley, es decir real o simbólica, cuando las cosas ya están en poder del mutuario por título distinto, o cuando sin efectuarse de un modo concreto, son puestas por

el mutuante a disposición del mutuario. 8) Tiene por objeto cosas fungibles: el mutuo se lo relaciona con los contratos de crédito, en el que quedan comprendidos todos los convenios, en los que generalmente una parte, una Entidad Financiera, otorga un crédito a la otra parte, sea entregando a esta una cantidad de dinero o de otros bienes fungibles(caso del mutuo) o bien obligándose a tener a disposición del otro contratante una cierta cantidad de dinero, por un plazo estipulado(contrato de apertura de crédito) o efectuar pagos a terceros por cuenta de otra parte (cheques) sin provisión de fondos hasta una suma determinada, todos aquellos supuestos en los que se coloca a disposición del cliente, dinero, bienes u otros valores.

Obligaciones del mutuante

El mutuante puede no entregar la cantidad prometida si, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución. Excepto este supuesto, si el mutuante no entrega la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (art-1526) Conforme al carácter bilateral del contrato y se trata de una modificación del régimen del Código de Vélez cuyo alcance debe ser comprendido en concordancia con la idea de derogar la categoría de contratos reales. En dicho Código, al ser un contrato real, la promesa de préstamo de cosas consumibles o fungibles no produce el mutuo que solo existe si se las transfirió. Por eso, la promesa aceptada de hacer un mutuo, tanto gratuito como oneroso, no confiere acción de cumplimiento contra el promitente (art. 2244, C. C.). El Código Civil no lo establece, pero por la misma razón este tampoco podría imponer la recepción de la cantidad que es materia del convenio, la cual, a su vez, es el título de la transferencia. La única acción admitida es de daños y perjuicios, conectada al incumplimiento de la promesa aceptada de concretar un mutuo oneroso y sujeta a un plazo de caducidad de tres meses contados desde que debió realizarse (art. 2244, C. C.). Si bien el mutuo real no nació, ya que no se verificó la tradición y no existe la obligación restituir causada por esta, el incumplimiento del compromiso contraído por el promitente origina el derecho a reclamarle el resarcimiento del daño provocado (cfr. arts. 520 y 521, C.C.). En sentido opuesto, en el Código Civil la promesa aceptada de mutuo gratuito –que es una promesa de liberalidad– no es obligatoria y, por tanto, no produce ninguna acción.

Los problemas hermenéuticos empiezan a surgir en torno a la obligación de restituir la cantidad de cosas que no fue dada por el mutuario. En relación con esta cuestión, el C.C.A nada dice. En tal situación habría que interpretar que dicha obligación se sujeta a la condición suspensiva de su tradición. En cuyo caso y en contra de lo afirmado por Lorenzetti “*que el contrato de mutuo causa la obligación del mutuario de restituir las cosas recibidas*”, conviene considerar que la convención por sí sola no es fuente de esta que en realidad depende del *datio*.

Tutela Procesal y Responsabilidad

La última parte de la norma muestra dos alternativas frente al incumplimiento del mutuante en la entrega de la cosa, ya que el mutuario puede exigir el cumplimiento del contrato o su resolución; esto se puede por el cambio de naturaleza del contrato de mutuo. En el mutuo Oneroso podía reclamarse un resarcimiento por falta de entrega de la cosa, pero no el cumplimiento de esa promesa. La fuente inmediata preveía que podían reclamarse los daños provocados, no obstante la omisión en la norma, se estima que pueden reclamarse los mismos por aplicación de los principios generales de la responsabilidad. (arts. 730 inc. a y c) y de los medios de extinción de los contratos (arts. 1077, 1078, 1083, 1086 y 1087). Se ha excluido la opción b del art. 730, hacérselo procurar por otro a costa del deudor, ya que no hay inconveniente en que el mutuante remiso a cumplir un mutuo gratuito o a bajo interés sea condenado a contratar con otro acreedor a una mayor tasa de interés en caso de negarse a cumplir el contrato

La onerosidad en el contrato de mutuo

1. La onerosidad como regla

De acuerdo con lo que establece el Código Civil, el mutuo puede ser gratuito u oneroso y, no habiendo convención expresa sobre intereses, se presume gratuito. El Código de Comercio no contiene una previsión que determine como regla la onerosidad del mutuo comercial. Por el contrario, del artículo 560, primera parte, se desprende que será oneroso cuando así se hubiera pactado. Sin embargo, resultaría casi inconcebible en materia comercial la entrega de dinero u otras cosas en préstamo sin la compensación que es inherente a toda operación de comercio.

El nuevo Código Civil y Comercial invierte la regla: el contrato de mutuo será oneroso salvo pacto en contrario. Con la actual regulación sucedió lo que autores como Spota habían presagiado, ya que trajeron al Derecho Civil el principio que regla en el Derecho Mercantil y también en la práctica de la inmensa mayoría de los mutuos que se celebran, donde la gratuidad solo quedo en los préstamos de confianza, o entre familias. . Si el mutuo es en dinero, el mutuuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.

2. Los intereses en el mutuo oneroso

La norma en análisis regula los intereses en el mutuo oneroso distinguiendo según se trate del mutuo en dinero o sobre otro tipo de cosas fungibles.

a) El mutuo en dinero

De acuerdo con el régimen establecido por el nuevo Código, si el mutuo es en dinero, el mutuuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada. El artículo 1527, confirma un elemento esencial del mutuo oneroso, la generación de intereses, ya que constituye la renta que produce la cosa prestada. Además se establece que, en caso de ser un mutuo dinerario, los intereses compensatorios deberán pagarse en la moneda prestada.

A partir de dichas premisas, se hace necesario determinar cuál es la forma en que se puede fijar la tasa de interés compensatorio y cuál es el alcance que establece la ley sobre la obligación de pagar en la misma moneda prestada. Con sustento en lo indicado por el art. 1532 del nuevo Código, al mutuo dinerario se le aplican las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero. Dentro de este grupo de disposiciones, el artículo 767 del nuevo Código establece:

Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

En consecuencia, la tasa de los intereses compensatorios quedará determinada según:

- Lo convenido entre el deudor y el acreedor.
- Lo establecido por las leyes.
- La que resulta de los usos.

- En caso de no cumplirse ninguno de los supuestos anteriores, la que fijen los jueces.

Respecto del pago de los intereses en la moneda prestada, corresponden las siguientes consideraciones:

De acuerdo con ello, resultarán de aplicación los artículos 765 y 766 del nuevo Código, con lo que los intereses podrán cancelarse en la moneda de curso legal en la República Argentina, aun cuando lo prestado consistiera en moneda extranjera.

b) El mutuo sobre otro tipo de cosas fungibles

Respecto del mutuo sobre otras cosas fungibles que no sean dinero, se determina que los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario, sigue el criterio del art- 562 del código de comercio..

c) La liquidación de los intereses

El artículo 1527 determina Como se abonan los intereses: los intereses se deben por trimestre vencido o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre, excepto estipulación distinta. Las operaciones de préstamo se pueden realizar a plazo fijo o con vencimientos escalonados. El artículo en análisis fija distintas alternativas para abonar los intereses:

- Por trimestre vencido.
- Con cada amortización total o parcial de lo prestado si dichas amortizaciones se producen por períodos menores a tres meses.
- El plazo convenido por las partes.

De lo indicado debe entenderse que, si nada se hubiera pactado y las amortizaciones de lo prestado fueran trimestrales o por períodos superiores a los tres meses, los intereses deberán abonarse por trimestre vencido.

La norma se refiere al pago de los intereses. Nada dice sobre la posibilidad de acumularlos al capital. La capitalización de los intereses se encuentra regulada en el artículo 770 del nuevo Código, en el que se dispone:

Anatocismo. No se deben intereses de los intereses, excepto que: a) una cláusula expresa autorice la acumulación de los intereses al capital con una

periodicidad no inferior a seis meses; b) la obligación se demande judicialmente, en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; c) la obligación se liquide judicialmente, en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; d) otras disposiciones legales prevean la acumulación.

En consecuencia, si el préstamo acordado consistiera en una amortización total de lo prestado a los dos años de celebrado el contrato aunque con pago de intereses por períodos menores a seis meses (por ejemplo, el sistema de amortización denominado americano, estos no se podrían capitalizar hasta cumplido tal número de meses.

3. Los intereses en el mutuo gratuito

La norma en análisis establece que para que el mutuo sea gratuito debe pactarse expresamente. La disposición es una consecuencia natural de la regla en contrario impuesta para este contrato, confirmando también la presunción de onerosidad en el caso de que nada se hubiera pactado.

El Código Civil registra una norma similar, el art. 2249, que dispone: Si el mutuario hubiese pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado a continuar pagándolos en adelante.

El artículo del Código Civil nada expresa sobre la procedencia o no de la repetición de los intereses así abonados. La doctrina tiene dicho que la repetición es improcedente porque el pago de ellos puede explicarse como el resultado de una convención tácita sobre intereses, donde esta convención es insuficiente para crear la obligación de pagarlos en el futuro, pero es suficiente como causa de los pagos ya verificados.

La redacción del art. 1527 aborda el tema desde otra óptica y resuelve la cuestión no contemplada por la norma del Código Civil. Sin embargo, nada expresa sobre si el mutuario queda obligado a seguir pagando los intereses, entendemos que no queda obligado, pues la norma en este caso se refiere al mutuo gratuito. De lo contrario, se debería indicar que el pago de intereses lo transforma en oneroso.

4. Los intereses ante el incumplimiento del mutuario

a) Regla general

La falta de pago de los intereses o de cualquier parte de la amortización de capital faculta al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de

la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución. De acuerdo con ello, podemos afirmar que, cuando el incumplimiento se deba a la falta de pago de los intereses o comprenda capital e intereses, nos encontraremos ante un mutuo oneroso, y cuando el incumplimiento sea por la falta de pago de cualquier amortización de capital (o todo), nos podremos encontrar ante un mutuo oneroso o gratuito.

Las deudas en moneda extranjera

El artículo 1532 del nuevo Código establece:

Normas supletorias. Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso. Si se trata de un mutuo dinerario, se aplicarán las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero y, si se trata de un mutuo sobre otro tipo de cosas fungibles, las obligaciones de género. A partir del cambio en la redacción del anteproyecto, es dable entender que el legislador tuvo en miras dar una solución muy distinta a la prescripta por el Código Civil o la planteada por la comisión redactora (nótese, por ejemplo, que fue suprimida la última parte del artículo 766)

El artículo 766 debe entenderse en el sentido de lo indicado por el 765. Es decir, si bien el deudor se libera entregando la cantidad correspondiente de la especie designada, también podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. En consecuencia, en el caso de cancelarse una obligación en moneda extranjera en moneda de curso legal, es criterio generalizado que corresponde tomar en cuenta la del día del efectivo pago de la indemnización al tipo vendedor, porque coincide con la inversión necesaria para obtener la cantidad de moneda extranjera debida. Aunque se ha admitido que el acreedor tiene derecho a optar entre la cotización de la fecha del pago y la mayor que haya debido desde el vencimiento de aquella.

El préstamo bancario y la restitución de la suma prestada en la moneda de la misma especie

El préstamo bancario se encuentra regulado en el art. 1408 ubicado en el párrafo tercero de la Sección Segunda del Capítulo 12: Contratos bancarios, correspondiente al Título IV del Libro Tercero del nuevo Código.

En el texto original del anteproyecto del nuevo Código, artículo 1408, se establecía: El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución

y al pago de los intereses convenidos. Ingresado el proyecto de Código Civil y Comercial al Honorable Congreso de la Nación, la Comisión Bicameral creada para analizar dicho proyecto dispuso suprimir el término convenidos y agregar la frase en la moneda de la misma especie, conforme lo pactado. Esta misma frase fue incorporada en los artículos 1409 (descuento bancario) y 1410 (apertura de crédito). El fundamento dado por la Comisión para dichas sustituciones fue armonizar lo establecido por el artículo 1390 (depósito bancario) con otras disposiciones. El artículo 1390 expresa:

Depósito en dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto.

Podemos afirmar que en el préstamo bancario, a diferencia del contrato de mutuo, el prestatario únicamente podrá liberarse de su obligación entregando las sumas recibidas con más sus intereses en moneda de la misma especie. La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución.

Conclusion

Luego de realizado un estudio minucioso del mutuo desde sus orígenes en Roma, pasando por nuestro Codificador, Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield, el Proyecto de Código de 1998 y nuestro Código Civil y Comercial; podemos decir que ya, el Proyecto y luego el C.C.N. se apartan de la tradición romana que había continuado Vélez Sarsfield en los contratos de depósito, mutuo civil y comercial y comodato, que hasta el presente solo se perfeccionan con la entrega (arts. 2242, 2256, 1141 y 1142, C.C.). Por esa razón, en el Código Civil de Vélez el mero acuerdo consentido por las partes correspondiente a la formación de un mutuo no es suficiente para generar el efecto que sería propio de la convención que lo determina. Es decir, el mutuante no queda obligado a dar las cosas prometidas, y, desde luego, carecería de asidero que el mutuario contrajera la obligación de restituir una cantidad que no fue entregada.

El codificador Vélez pone en evidencia la diferencia básica del sistema argentino con el Código Napoleón cuya fuente directa en lo tocante al mutuo

remonta a Domat, quien en *Las leyes civiles en su orden natural*, **fiel a su matriz consensualista, fuerza la inclusión de ese contrato real en la categoría de una convención del tipo *do ut des*** presuponiendo que la obligación del mutuario de restituir es causada por una conducta previa obligatoria del mutuante que “debe” dar una cantidad de cosas, **al decir “la obligación del que toma prestado ha sido precedida por parte del otro de la entrega de aquello que debía darse para formar la convención.”** (L. I, t, I, secc. I, 5).² Es así como en la nota de los artículos 1141 y 1142 Vélez Sarsfield señala: “En Derecho Francés, las convenciones son obligatorias por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad ni de la entrega de la cosa que forma el objeto, ni del cumplimiento del hecho por una de las partes al cual se hubiese obligado. Bajo este aspecto el Derecho Francés difiere esencialmente del Derecho Romano y del nuestro, cuyas disposiciones reposan sobre el principio contrario, es decir, sobre el principio que el consentimiento no basta por regla general para hacer una convención civilmente obligatoria.” Por eso, en el Código de Vélez, **el mutuo es un contrato nominado *re* en el que la obligación unilateral de restituir del mutuario es causada por la entrega previa de una cantidad por el mutuante que no va precedida de ninguna obligación correlativa.** En esta concepción de considerar consensual al mutuo, la influencia del Proyecto de Código Civil de 1998 es evidente.

2. Conforme la traducción de la obra citada arreglada para el uso de los españoles por D. Felio Vilarrubias y D. José Sarda, 2ª edición (2 tomos). Editor Impr. José Tanulo. Barcelona. 1844.

Tanto es así que los conceptos de esos tipos contenidos en este (arts. 1404 y 1412, respectivamente), en fórmulas adaptadas a los contratos consensuales, son reproducidas en el Proyecto y en el nuevo Código Civil y Comercial, al describir: “Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y este se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie” (art. 1525).

Debemos tratar dos cuestiones que trae aparejado el nuevo Código Civil y Comercial a) en cuanto al carácter bilateral del contrato y se trata de una modificación del régimen del Código de Vélez cuyo alcance debe ser comprendido en concordancia con la idea de derogar la categoría de contratos reales. En dicho Código, al ser un contrato real, la promesa de préstamo de cosas consumibles o fungibles no produce el mutuo que solo existe si se las transfirió. Por eso, la promesa aceptada de hacer un mutuo, tanto gratuito como oneroso, no confiere acción de cumplimiento contra el promitente (art. 2244, C. C.). El Código Civil

no lo establece, pero por la misma razón este tampoco podría imponer la recepción de la cantidad que es materia del convenio, la cual, a su vez, es el título de la transferencia. La única acción admitida es de daños y perjuicios, conectada al incumplimiento de la promesa aceptada de concretar un mutuo oneroso y sujeta a un plazo de caducidad de tres meses contados desde que debió realizarse (art. 2244, C. C.). Si bien el mutuo real no nació, ya que no se verificó la tradición y no existe la obligación restituir causada por esta, el incumplimiento del compromiso contraído por el promitente origina el derecho a reclamarle el resarcimiento del daño provocado (cfr. arts. 520 y 521, C.C.). En sentido opuesto, en el Código Civil la promesa aceptada de mutuo gratuito –que es una promesa de liberalidad– no es obligatoria y, por tanto, no produce ninguna acción.

b) Otra cuestión es la Onerosidad, de acuerdo con lo que establece el Código Civil, el mutuo puede ser gratuito u oneroso y, no habiendo convención expresa sobre intereses, se presume gratuito. El Código de Comercio no contiene una previsión que determine como regla la onerosidad del mutuo comercial. Por el contrario, del artículo 560, primera parte, se desprende que será oneroso cuando así se hubiera pactado. Sin embargo, resultaría casi inconcebible en materia comercial la entrega de dinero u otras cosas en préstamo sin la compensación que es inherente a toda operación de comercio.

El nuevo Código Civil y Comercial invierte la regla: el contrato de mutuo será oneroso salvo pacto en contrario. Con la actual regulación sucedió lo que autores como Spota habían presagiado, ya que trajeron al Derecho Civil el principio que regla en el Derecho Mercantil y también en la práctica de la inmensa mayoría de los mutuos que se celebran, donde la gratuidad solo quedo en los préstamos de confianza, o entre familias. . Si el mutuo es en dinero, el mutuuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada.

En el trabajo se realizan todas las consideraciones necesarias con relación a los interés que deben pagarse de acuerdo al tipo de mutuo de que se trate así en el Proyecto y en el Código Civil y Comercial, sin distinción según la materia civil o comercial, se presume la obligación de pagar intereses compensatorios, salvo pacto en contrario y por último se faculta a los jueces a reducir de oficio los intereses desmesurados. Otra cuestión es la moneda con la que debe pagarse: Es decir, si bien el deudor se libera entregando la cantidad correspondiente de la especie designada, también podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal. En consecuencia, en el caso de cancelarse una obligación en moneda extranjera en moneda de curso legal, es criterio generalizado que

corresponde tomar en cuenta la del día del efectivo pago de la indemnización al tipo vendedor, porque coincide con la inversión necesaria para obtener la cantidad de moneda extranjera debida. Aunque se ha admitido que el acreedor tiene derecho a optar entre la cotización de la fecha del pago y la mayor que haya debido desde el vencimiento de aquella.

El *Nauticum Foenus*, dentro del derecho romano como contrato de mutuo

Por: José Ángel Bernardo Pastrana Bautista*
“Si quieres construir un barco, no empieces por
buscar madera, cortar tablas o distribuir el trabajo.
Evoca primero en los hombres y mujeres el anhelo
del mar libre y ancho”
Antonie de Saint Exupéry**

I. Preámbulo

Desde un principio, la empresa naviera ha requerido, y requiere, para su desarrollo, importantes inversiones, sujetas al riesgo propio de la navegación, de ahí que ya en Grecia y en Roma existieran medios típicos de crédito naval, en efecto, el derecho romano tomo de las prácticas griegas una forma especial de mutuo, según el cual el acreedor condicionaba la devolución del dinero prestado al arribo del buque a la meta fijada, si la nave se perdía, su propietario quedaba liberado; y si llegaba felizmente a destino, debía devolver una cantidad superior a la prestada.

Esto es lo que se llamó *nauticum foenus*, en el cual el riesgo quedaba a cargo del acreedor desde el comienzo de la expedición hasta su fin, el *nauticum foenus* constituye el antecedente del préstamo a la gruesa, cuidadosamente reglamentado en los códigos del siglo XIX, en la época de la edad media, el crédito marítimo sufrió una importante transformación, el hecho de que estuviera prohibido el préstamo a interés y, por otra parte, la importancia de los recursos comprometidos en la aventura marítima, obligaron a quienes se ocupaban de

* Maestro en Derecho, Académico de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M en el Sistema de Universidad Abierta y en el Sistema a Distancia y miembro de número de la Academia de Derecho Público de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística.

** Antoine Marie Jean-Baptiste Roger Conde de Saint-Exupéry (Lyon, 29 de junio de junio de 1900 – Riou 31 de julio de 1944) fue un escritor y aviador francés, autor de la famosa obra *El principito*.

la explotación naval a encontrar nuevas formas para afrontar los gastos de esa explotación, así nació la idea de la asociación, sistema por el cual todos los interesados, incluso el prestamista a la gruesa, participaban de los riesgos a que se encontraba sometido el beneficio de la expedición.

Posteriormente, ya independizada la empresa de transporte, se formó con los bienes del armador, una masa o patrimonio de afectación destinado a garantizar a los acreedores, que habían hecho posible la expedición, el cobro de sus créditos con preferencia a los demás acreedores del propietario del buque, estableciéndose una serie de privilegios o verdaderos derechos reales, para ganarse la confianza de aquellos que ignoraban la solvencia de su deudor, en el curso del siglo XIX, cuando se sancionaron la mayor parte de los códigos tomados del francés, entre ellos el argentino, existían el préstamo a la gruesa y los privilegios como estímulo del crédito marítimo, ya hacia el final del siglo pasado y en el curso del presente, las transformaciones técnicas exigieron una mayor cantidad de capitales y al desarrollarse los medios comunes de crédito, una vez desaparecidas las trabas medievales, fueron utilizados también en la explotación naval.

Apareció así la *hipoteca*, creada a semejanza de la inmobiliaria, que encontró limitado su desarrollo por los privilegios que gravitan sobre el buque y de aquí que, para coordinar ambas formas de crédito, se sancionó la convención de Bruselas, de 1926, que dividió los privilegios en dos grupos, según tengan un rango preferente a la hipoteca o no.

II. Una breve descripción histórica

La idea del *Nauticum Foenus*, corresponde a una variante del “*Contrato de Mutuo*”¹ “*Bonae Fidei*”², este contrato consiste en que el prestamista entrega

1 Es un contrato en virtud del cual una persona (*prestamista o mutuante*) entrega a otra (*prestatario, mutuario o mutuuario*) dinero u otra cosa del tipo consumible, para que se sirva de ella y devuelva después otro tanto del mismo género y cantidad, pese a que puede tratarse de cualquier especie consumible, por antonomasia el mutuo es una forma de contrato de préstamo de dinero, el cual suele ser remunerado mediante el pago de intereses en función del tiempo, si el mutuo se encuentra garantizado mediante un derecho real de hipoteca. Cf: Margadant, S Guillermo, Florist. *Derecho Romano*, Esfinge, Vigésima Tercera Edición, México, 1998, pág. 394.

2 El Derecho Romano es el conjunto de preceptos jurídicos que rigieron a la sociedad romana a través de las distintas épocas de su existencia. En la actualidad debe ser estudiado porque en él se encuentra el origen de la mayor parte de las instituciones del derecho civil moderno, muy señaladamente en los

dinero u otros bienes fungibles a un naviero para realizar transporte marítimo, obligándose el naviero a pagar al prestamista el precio del riesgo (*pretium periculi*) si el viaje concluía en feliz arribo a puerto, en caso contrario, si el barco naufraga o no llega a puerto, nada debe el naviero al mutuante (*perdiendo capital e intereses*), a la inversa de lo que ocurre en un mutuo ordinario, los riesgos son de cargo del mutuante (*prestamista*), pero sólo desde que empieza hasta que termina la travesía, antes y después se aplican las reglas del mutuo común.

El primer indicio de esta inventaron en este sistema de préstamo, lo inventaron los griegos, el cual pasó a Roma con el nombre de *Nauticum Fœnus* (*nauticum*: de la navegación y *foenus*: interés del dinero prestado).

“El préstamo a la gruesa ventura es una variante del contrato de mutuo”³, esta institución radica uno de los antecedentes directos del actual contrato de seguro.

III. El perfil del contrato

En Derecho Romano el mutuo era esencialmente gratuito. Sin embargo, excepcionalmente se admitía, que, en determinadas circunstancias, se pudiese celebrar un simple pacto, anexo al mutuo, productor de intereses, el caso más corriente fue el denominado *foenus nauticum* o “*pecunia traiecitia* (hoy llamado préstamo a la gruesa)”⁴ y de esta institución radica uno de los antecedentes del actual Contrato de Seguro, los autores han buscado el origen de entender el seguro en el llamado *foenus nauticum* siendo este una aplicación realizada por la cultura romana de anteriores técnicas mercantiles griegas y fenicias.

“La naturaleza de este contrato es posible observarlas dentro de las siguientes características:

Contrato bilateral.

Contrato consensual.

Contrato nominado.

pueblos de raza latina. Este blog tiene por objetivo principal difundir informaciones sobre el derecho romano y su importancia actual. *Ibidem*.

3 El caso más famoso de préstamo a la gruesa ventura es el que fue estipulado entre y Isabel I, La Católica, y Cristóbal Colon, en las *Capitulaciones de Santa Fe*. Cfre. Lewis, John. *Antropología Simplificada*, México, Compañía General de Ediciones, 1985, pág. 81.

4 Cfre. Diccionario Jurídico Mexicano IV Vols, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, Vol. IV pág. 2987.

Contrato principal.
Contrato definitivo.
Contrato oneroso.”⁵

Este era un contrato que tenía como función económica favorecer el comercio marítimo, consistía en la entrega de recursos a un comerciante que se disponía a realizar un viaje por mar, con ellos adquiriría mercancías con las que negociar, estipulándose que los restituiría con intereses al llegar a buen término el viaje, mientras que en caso contrario no habría obligación de devolver la cantidad recibida ni indemnización alguna. Es decir, la amortización del capital prestado estaba condicionada a la llegada de las mercancías, objeto de este contrato, al puerto de destino.

La ventaja para el deudor era encontrarse cubierto de los riesgos de la navegación, mientras el acreedor colocaba su capital a interés muy elevado (*cerca del doble que en otros préstamos comerciales*) asumiendo el riesgo de perder todo o parte del capital prestado, de esta forma el préstamo marítimo cumplía una función aseguradora.

“Desde un punto de vista financiero esta mixtura entre préstamo y técnica aseguración tenía una serie de particularidades que van a influir en toda la legislación financiera medieval posterior, y que podríamos resumir en:

1. Tipos máximos: estos fueron marcados por el emperador *Justiniano en el 541 D.C*; y venía recogidos en el *Código-Libro IV: Título XXXII, 26,1* los que se dedican a alguna negociación lícita, moderen su estipulación hasta el ocho por ciento anual; pero que los contratos de préstamo marítimo sea lícito estipularlos solamente al uno por ciento mensual, sin que excedan de este; y que todas las demás personas puedan estipular a título de intereses únicamente la mitad del uno por ciento mensual y que de ningún modo se amplíe esta cuantía en todos los demás casos en que se suelen exigir intereses sin estipulación, lo que nos llevaría trabajando en capitalización simple a un 12% anual como *usurae legitimae* para el *foenus nauticum*.

5 Sánchez Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, Porrúa, Decimo séptima Edición, México, 1999, págs. 221 a 232.

2. Forma de capitalización: la utilizada para el cálculo de los intereses sería la capitalización simple, puesto que en la reglamentación aparece la reprobación del anatocismo (*intereses sobre intereses*) recogida en la prohibición de la *usarae usurarum* Código-Libro IV: Título XXXII, 28
3. Límite a la cuantía de los intereses: se aplicaba la llamada *Usurae Supra Duplum*, norma que llevaría a que cuando los intereses vencidos alcanzasen el importe del principal dejaban de generarse nuevos intereses.

El *Foenus nauticum*, ciertamente más que un seguro o equivalencia al importe marítimo, nos lleva por el pago anticipado de la carga o sea pago por flete para que la carga llegue a su destino, pero se debe de recibir un recibo como forma de pago para asegurar que no se ejecute por segunda vez el cobro ya que se traduciría como robo y pérdida de dinero.”⁶

El Derecho Mercantil nació hace muy poco tiempo, es una materia muy joven, aunque no lo sean ni el comercio ni las normas sobre el comercio, Grecia: En esta legislación son muy conocidos el *Nauticum Foenus* y *La Lex Rodhia*, que los romanos llamarían después *Lex Rodhia de Jactu*, el *Nauticum Foenus* consistía en un contrato por el cual un prestamista facilitaba una suma de dinero a un expedicionario marítimo, lo cual solo le era devuelta junto con un alto interés, si la expedición respectiva.

Esta modalidad de mutuo a interés estipulado, de origen griego, en el que se presta dinero aun armador para que lo destine al comercio marítimo respondiendo el acreedor del riesgo.

IV. El mutuo y la mercancía como objetos del contrato

También conocido como regulado por el derecho romano como el el negocio jurídico del *mutuo*, en virtud del cual el dinero prestado o las mercancías compradas con ese dinero eran transportadas por mar a riesgo del prestamista, mencionado en las fuentes romanas como *pecunia traiectica* al propio capital prestado, y el *foenus nauticum*, a fin de poder signar al préstamo con interés pactado como compensación de la pérdida del capital (*periculum creditoris*), en

6 Matthiass, Bernhard, *Das Foenus Nauticum un die greschichtliche Entwicklung del Bodmerei*, A. Stubers Buch - & Kunsthandlung, WÜRZBURG Alemania, 1881, págs. 15 a 36.

su origen griego *Nautikon Daneion*, corresponde a un tipo muy especial de mutuo donde el riesgo del capital prestado de una mercancía comprada con él, es del mutuante durante la travesía por mar en la transportación de la misma, siendo que el propio mutuante puede estipular en consideración a tal riesgo altos intereses con cargo al mutuario, dentro de las páginas del *Digesto*, muestra la denominación de la *traiecticia* a la cantidad prestada que se transporta por mar, en el *foenus nauticum*, el riesgo corresponde al acreedor desde el día en que la nave puede emprender convenientemente su viaje, el mecanismo más adecuado para la fijación y exigencia de los intereses era la *stipulatio*, “como consecuencia, quedaba incorporado a ella y así protegido judicialmente”⁷,

V. La vinculación jurídica

Al *foenus nauticum*, se le ha definido como: “Un contrato real unilateral, aleatorio, en virtud del cual una persona presta a otra cierta cantidad en dinero ó efectos sobre cosas expuestas á riesgos marítimos, con la condición de que dicha cantidad ha de ser devuelta con la ganancia estipulada, si aquellas se salvan, y si se deterioran ó perecen, no puede reclamar más que aquello que las mismas quedare.”⁸

Una de las formas jurídicas de control del época fue sin duda alguna, la *Lex Rhodia de Iactu* (del latín, que literalmente se traduce al español como: “la ley de Rodas sobre las mercancías lanzadas desde un barco”) o *Echazón*, se trata de un grupo de normas que fueron creadas sobre el 475 a. C. y es considerado como el primer código marítimo de la historia, así, esta ley es una codificación reguladora de numerosas materias en derecho marítimo, esta ley disponía que la pérdida ocasionada por el *echazón* fuera soportado proporcionalmente por todos los interesados, así, el armador y los dueños de las mercancías salvadas debían indemnizar a los propietarios de las mercaderías que el capitán había ordenado arrojar al mar.”⁹

“La *lex Rhodia* se extendió rápidamente por todo el ámbito mediterráneo sirviendo a Roma y a Bizancio de inspiración para sus respectivas futuras legislaciones marítima, en el Siglo I a. C. la acumulación de capital y la introducción de mejores métodos comerciales e industriales, generó un gran progreso en las

7 Diccionario Jurídico Mexicano IV Vols, Op Cit. 2987.

8 *Ibidem*.

9 *Revista Mercatoria* , Volumen 12, Número 2 (Julio-Diciembre 2013), pp. 140 - 171

ciudades griegas, fenómenos del que destaca la creación de reglas para regular el Comercio Marítimo y que permaneció vigente durante el Imperio Romano.”¹⁰

El modelo de la *lex Rhodia* fue introducido en el *Digesto* de Justiniano, en el cual aparecen reproducidos sus preceptos referentes a la *echazón* y que aparece en el libro XIV del *Digesto*, algunas cuestiones que se plantean sobre esta ley se centran por ejemplo en dilucidar si se trataba de un código o de un conjunto de disposiciones, si fue asimilado por Roma o simplemente coexistía con el resto de codificaciones imperiales, o simplemente existen dudas acerca del objetivo concreto que perseguía la regulación del tráfico marítimo mediante esta disposición, a raíz de esta cuestión se plante la posibilidad de que el régimen del *iactu* romano se viera influido por esta *lex Rhodia*, o si por el contrario la *lex Rhodia* conformaba una disposición a parte de origen griego, que cubría las controversias locales en relación con la *echazón*, en última instancia se cree, aunque la doctrina está lejos de ser unánime, que la *lex Rhodia* no es sólo un montón de costumbres recogidas bajo un único nombre, sino más bien es una serie de leyes que los romanos tomaron y transportados en el *Digesto* en la medida en que les interesaba.”¹¹

“En el Mediterráneo, los usos más antiguos previeron *Ius naufragii* (*Derecho de Naufragio*) que permitió a los habitantes de la costa para hacerse cargo tanto de restos de naufragios en el mar y los barcos (y por lo tanto también de su contenido) que aterrizaron para evitar un hundimiento desastrosa cuando se hicieron inaccesibles a las condiciones climáticas, para mitigar estas costumbres primitivas intervinieron únicamente de los tratados entre las diversas comunidades que estaban comprometidos con el respeto mutuo de los vasos fortuitamente desembarcado en las costas extranjeras.”¹²

“En la tradición legal de la helenística, la *Lex Rhodia* se le atribuye haber dejado este mal habito que de alguna permite mucha más libertad en los movimientos

10 *Ibidem*.

11 “El Edicto de incendio ruina naufragio *rate nave expugnata* (D. 47,9, 1). Responsabilidad penal por cuestión de naufragio”. Emilia Mataix Ferrándiz. Universidad de Alicante, España.

12 La *Lex Rhodia de iactu* (del latín, literalmente: “la ley de Rodas sobre las mercancías lanzadas desde el barco”) es un antiguo reglamento sobre la navegación mediterránea. Los historiadores aún debaten sobre la ley, de hecho es profundamente difícil determinar su naturaleza, porque uno se pregunta si en realidad constituye un aparato de disposiciones que contienen normas específicas, o si la denominación se reúnen básicamente una serie de normas usuales, pero nunca una rodiano legislación vigente. *Ibidem*.

marítimos, que establece el principio de que uno no debe recaer en los derechos de aduana sobre los barcos ya juzgados por las tormentas y el mal tiempo, que para necesitan un refugio que se encuentra en las estaciones más cercanas.”¹³

En última instancia se cree, a pesar de la doctrina está lejos de ser unánime, que la *Lex Rhodia* es no sólo una acumulación de aduanas recogidos en virtud de una designación, sino más bien es una serie de leyes, la matriz presumiblemente *rodiana*, que los romanos tomaron y se transportan en el Compendio de la medida en que a ellos interesaba, en la regla del derecho posterior siguió siendo observado por tomar el nombre de una avería en el que se encuentra un promedio general y un promedio general y ahora en el derecho marítimo internacional consiste en las reglas de *York* y *Amberes*, se ha argumentado recientemente que esta ley es el único del mundo griego no ha llegado como una ley de la vida, hasta el punto de que en los *Estados Unidos* se utilizó para justificar la apropiación por parte de los buques norteamericanos, de algunos bienes de la derivados de los buques extranjeros.

Los principios rectores de esta ley fueron promulgados dentro del derecho romano desde el mundo griego en términos del *Operis Locatio*, una expresión con la que se pretendía un contrato similar contrato actual y la prestación de trabajo, Acerca de aquellos bienes que habrían sido transportados por mar, de aquí que se determinó que, si en caso de dificultad en la navegación se había visto obligado a deshacerse de parte de los bienes arrendados para el transporte, el riesgo se prorratea a los propietarios; propósito, el propietario, que había perdido los bienes actuarían con la *actio* arrendado contra el transportista y el capitán de la nave siendo la venganza actuaría con la *actio conducti* contra los arrendadores de bienes que se han guardado, en un principio, antes de la aprobación de esta ley, la responsabilidad fue asumido por el arrendador.

13 Lo que no está claro, sin embargo, es si en los efectos *Lex Rhodia* tuvo una tasa tan general y si es más bien Románicas, Matriz del ámbito de aplicación ampliando *Lex*, es cierto que en el *Digesto* se refiere a la *Lex Rhodia* (en la época de *Justiniano* el libro XIV, 2, tiene precisamente el título *de lege Rhodia de iactu*) como algo relativo al abandono de las mercancías en el mar en caso de necesidad, tanto es así que la designación ha venido incluye la palabra de *iactu*, y en segundo lugar, los criterios para dividir el costo de la reparación de propietarios de la carga y armadores. Cfr. Plodezién, Stanislaw. *Lex Rhodia de laectu, studium historyczno – prawe z zakresu rzymskiego prawa handlowo - morskiego*, A. Stubers Buch - & Kunsthandlung, Lublin Polonia, 19611, págs. 5 a 15.

VI. Conclusiones

PRIMERA: El primer indicio de esta inventaron en este sistema de préstamo, lo inventaron los griegos, el cual pasó a Roma con el nombre de *Nauticum Foenus* (*nauticum*: de la navegación y *foenus*: interés del dinero prestado).

SEGUNDA: La idea del *Nauticum Foenus*, corresponde a una variante del *Contrato de Mutuo* y la *Bona Fide*, este contrato consiste en que el prestamista entrega dinero u otros bienes fungibles a un naviero para realizar transporte marítimo.

TERCERA: El préstamo a la gruesa ventura es una variante del contrato de *mutuo*, esta institución radica uno de los antecedentes directos del actual contrato de seguro.

CUARTA: La ventaja para el deudor era encontrarse cubierto de los riesgos de la navegación, mientras el acreedor colocaba su capital a interés muy elevado (cerca del doble que en otros préstamos comerciales) asumiendo el riesgo de perder todo o parte del capital prestado, de esta forma el préstamo marítimo cumplía una función aseguradora.

QUINTA: En última instancia se cree, a pesar de la doctrina está lejos de ser unánime, que la *Lex Rhodia* es no sólo una acumulación de aduanas recogidos en virtud de una designación, sino más bien es una serie de leyes, la matriz presumiblemente *rodiana*, que los romanos tomaron y se transportan en el Compendio de la medida en que a ellos interesaba.

VII. Bibliografía

Diccionario Jurídico Mexicano IV Vols, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, Vol. IV pág. 2987.

“El Edicto de incendio ruina naufragio *rate nave expugnata* (D. 47,9, 1). Responsabilidad penal por cuestión de naufragio”. Emilia Mataix Ferrándiz. Universidad de Alicante, España.

Garcia, Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, vigesimoctava edición, 1978.

Lewis, John. *Antropología Simplificada*, México, Compañía General de Ediciones, 1985.

Margadant, S Guillermo, Florist. *Derecho Romano*, Esfinge, Vigésima Tercera Edición, México ,1998.

Matthiass, Bernhard, *Das Foenus Nauticum un die greschichtliche Entwicklung del Bodmerei*, A. Stubers Buch - & Kunsthandlung, WÜRZBURG Alemania, 1881.

Montes de Oca, Francisco. *Historia de la Filosofía*, México, Porrúa, séptima edición, 1991.

Palazzo, Gennaro Alfredo. *La lex Rhodia de jactu nel diritto romano*, Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pisa, Pisa Italia, 1903.

Plodezién, Stanislaw. *Lex Rhodia de laectu, studium historyczno – prawe z zakresu rzymskiego prawa handlowo - morskiego*, A. Stubers Buch - & Kunsthandlung, Lublin Polonia, 1961.

Sánchez, Medal, Ramón. *De los contratos civiles*, México, Porrúa, decimoséptima edición, 1999.

Tena, Felipe de J. *Derecho Mercantil Mexicano*, México, Porrúa, Decimoctava edición , 1998.

Willmott, L, Christensen, S, Butler, D & Dixon, B. *Contract Law*, North Melbourne Australia, Third Edition, Oxford University Press, 2009.

Reinhard Zimerman, *The law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, South Africa, 1990.

Revistas y periódicos.

Revista Mercatoria , Volumen 12, Número 2 julio-Diciembre 2013

Leyes y Códigos.

Digesto XIV, 2

Páginas Web Consultadas:

www.perseus.tufts.edu.

[www. buscon.rae.edu.esp](http://www.buscon.rae.edu.esp).

www.juridicas.unam.mx.

www.perseus.tufts.edu.

A *Fiducia* romana – influxos no direito brasileiro

Raimundo Chaves Neto
Advogado, Professor,
Mestre pela Universidade de Coimbra Doutorando
pela Universidade de Lisboa.

Introdução

A *fiducia*, ao longo de aproximadamente 24 séculos, desde o seu surgimento em Roma (por volta de 350 a.C.), já apresentou diversas formas de se constituir, sendo, muitas vezes, confundida com outros institutos como o penhor, a hipoteca, o depósito e o comodato. No entanto, apesar das similitudes, ela apresenta características próprias e individualizadas. Esta informação pode ser ratificada ao considerarmos que na propriedade fiduciária identificamos a revogação do princípio da exclusividade do direito de propriedade, pois na *fiducia*, por exemplo, temos a possibilidade de situarmos o credor (fiduciário) e o devedor (fiduciante) como donos do mesmo imóvel, sendo que o primeiro será sob condição resolutiva e o segundo sob condição suspensiva.

O intuito deste trabalho, apesar de sua superficialidade é explorar, de forma sucinta, a utilização da *fiducia* no direito romano e a sua influência no direito brasileiro moderno sob a espécie de alienação fiduciária. Procurar-se-á realizar uma pequena análise sobre a relação desigual que, na maioria das vezes, o negócio fiduciário representou e ainda representa, principalmente para o fiduciante (devedor).

O presente trabalho será apresentado a partir de uma divisão realizada, por razões propedêuticas, em duas partes: a primeira versará sobre a *fiducia* no direito romano (até sua exclusão no período justiniano); já a segunda abordará a alienação fiduciária no direito brasileiro.

Parte I - A *Fiducia* em Roma

1. Noções gerais

De acordo com a definição de Santos Justo¹, consideramos que “*fiducia* é um contrato em que uma pessoa, denominada fiduciante, utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade dum *res* para outra pessoa, denominada fiduciário, que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae*”.

Armando Torrent² ensina que “a *fiducia* é um negócio complexo que consiste na *mancipatio* de uma *res Mancipi* do fiduciante ao fiduciário ao que acrescentava um pacto, no qual o fiduciário empenhava sua palavra, baseando-se na *fides* e não no direito, de devolver a coisa ao fiduciante nas hipóteses determinadas no *pactum fiduciae*”.

Em relação às obrigações constituídas, a *fiducia* é um contrato bilateral imperfeito.

O vocábulo *fiducia*, etimologicamente, significa “confiança”³. Portanto, como veremos adiante, a origem do referido contrato baseava-se na amizade e na confiança entre as partes contratantes.

2. Origens históricas

Quanto à sua origem e evolução histórica, não há um consenso⁽⁴⁾ entre a romanística e, talvez, o estudo histórico realizado a respeito do assunto ainda seja muito superficial. Apenas com mais tempo, algo imprescindível para que os métodos de investigação da história atinjam mais eficácia, é que poderemos ter mais certezas do que dúvidas. Mesmo sem saber com exatidão a data da sua criação, a opinião dominante entre os autores⁵ é de que a *fiducia* teria surgido na época

1 Vide SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006) 38.

2 Vide TORRENT, Armando, *Diccionario de Derecho Romano* (Edisofer Si / Madrid, 2005) 366.

3 Vide VIEIRA CURA, Antônio Alberto, “*Fiducia cum Creditore*” (*Aspectos Gerais*) no suplemento XXXIV do *BFDC* (1991) 5.

4 Vide SANTOS JUSTO, *o.c.* 39.

5 Vide MOREIRA ALVES, *Direito Romano*¹⁴. (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2007) 362.

arcaica. Porém há, também, autores⁶ que consideram que o referido instituto, devido a sua estrutura complexa, tem o seu desenvolvimento jurídico incompatível com tempos tão remotos e que, portanto, o *pignus* seria a garantia real mais antiga.

Durante os séculos IV e V d.C, com a extinção da *mancipatio* e da *in iure cessio*, com as quais eram realizadas o *pactum fiduciae* deu-se, também, a extinção da *fiducia*, sendo o referido vocábulo substituído, pelos compiladores do Digesto, por *pignus*⁷. No início do período pós-clássico, a utilização deste instituto tornou-se cada vez menos recorrente, talvez motivado pela decadência dos negócios formais de transferência da propriedade inerentes à *fiducia*. Justiniano, além de decretar a sua extinção, também aboliu as diferenças entre *res Mancipi*, “que eram as coisas mais preciosas para os romanos”⁸, segundo GAIUS, e as *res nec Mancipi*, que seriam “as coisas insusceptíveis de serem objeto de direito de propriedade”⁹.

3. Finalidades

A *fiducia* em Roma, foi utilizada para diversas finalidades¹⁰, das quais duas se destacam. A primeira seria transferir a propriedade de uma *res* a uma pessoa amiga e confiável para que determinado fim fosse atingido (*fiducia cum amico*), enquanto a segunda visava a garantia real de uma obrigação (*fiducia cum creditore*)¹¹.

3.1 A *fiducia cum amico*

Apesar de ser relacionada por GAIUS¹² apenas com a função de depósito, apresenta várias outras finalidades¹³. Dentre elas, citamos: comodato; doação; *manumissionis causa*; *emancipatio* e *adoptio*.

Com a função de *depositum*, esta modalidade de *fiducia*, apresentava-se como uma forma de alguém guardar um bem, confiando a um amigo a guarda

6 Vide ERBE, Walter, *Die Fiduzia* (Weimar, 1940) 2-3.

7 Vide Edoardo VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano* (Ed. Ricerche / Roma, 1961) 486.

8 Vide MOREIRA ALVES, o.c. 152-154

9 Vide MOREIRA ALVES, o.c. 153.

10 Vide SANTOS JUSTO, o.c. 39.

11 Será esta finalidade de *fiducia* a abordada com maior destaque devido à alienação fiduciária.

12 Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 34-35

13 De acordo com a classificação de VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 34-73.

deste. O fundamento do referido instituto é o fato de o depositante acreditar que esse bem estaria melhor e mais seguro em poder do depositário. O seu uso justifica-se pelo fato de que na *fiducia*, o fiduciário gozaria de mais poderes para defender a propriedade (que seria considerada sua através da aquisição), tendo o depositário comum poderes mais reduzidos, estando este em desvantagem.

Já a *fiducia* com função de *commodatum*, ocupava-se de ceder para alguém uma *res* para que este a utilizasse e a conservasse. Porém deveria haver a devolução da mesma após ser cumprido um determinado prazo, ora estipulado no referido contrato.

A doação realizada através da *fiducia* poderia ser realizada de duas maneiras: doação *inter vivos* e doação *mortis causa*. Na primeira, o fiduciante transferiria a propriedade de uma *res* para o fiduciário para que este doasse a mesma para uma determinada pessoa que o fiduciante determinara antes. A segunda forma, a *res* deveria ser restituída ao doador caso o donatário morresse antes. (exemplo da filha que o pai repassara o dote).

A *manumissionis causa* desempenhava a função de carta de alienação da propriedade (a *res* neste caso era um escravo) acompanhada de um mandato para manumissão. Ou seja, pelo fato do mandato *post mortem* não ser admitido naquela época, alguns proprietários de escravos ao se decidirem libertar algum deles quando falecesse, teria que aliená-lo a outrem e ordenava que o referido servo fosse manumitido pelo detentor do mandato e da propriedade.

A *emancipatio* através da *fiducia* era realizada com finalidade de tornar liberto do poder do *paterfamilias* os seus descendentes legítimos. Através deste instrumento o *filius* adquiriria a autonomia familiar, ou seja, tornava-se *sui iuris*, embora, por muitas vezes o próprio pai se tornasse seu patrono.

A *fiducia cum amico* poderia ser ainda utilizada para realizar a *adoptio*, que consistia no ato mediante o qual se operava a transferência da *patria potestas* sobre um *fillius* de um *paterfamilias* para outro. Não se permitia que esse processo fosse realizado automaticamente, por isso adotou-se essa modalidade, que na verdade é quase idêntica à *emancipatio*, no entanto enquanto a *adoptio* visa a transferência da *patria potestas*, esta objetiva extingui-la.

3.2 A *fiducia cum creditore*

A *fiducia*, de maneira geral, não determinava o nascimento de qualquer tipo especial de *in ius re*, pois o direito adquirido pelo credor representava a pura

tradução de um direito de propriedade, não uma detenção de um bem alheio¹⁴. Como função específica nas relações patrimoniais, foi utilizado para garantir o cumprimento de uma obrigação e é neste campo que encontra-se a *fiducia cum creditore* (a mais remota forma de garantia real) e era realizada através de um negócio solene designado *mancipium*. Este abrangia apenas as *res Mancipi*, que constituíam-se como as coisas mais valiosas perante o interesse social e não ao interesse individual. Excluía-se, pois, as *res nec Mancipi*. A importância daquelas era fundamentada pelo fato das mesmas estarem relacionadas com a organização econômico social globalmente considerada.¹⁵

O fiduciante, ao transferir a propriedade da *res*, perdia o poder sobre a mesma, que passava a ser para ele uma *res aliena*. Pela sua ausência de poderes de proprietário, não detinha também direito de interpor ações para valer seu direito de propriedade (suspensão ou extinto). Até mesmo a percepção de frutos, sem o consentimento do fiduciário, estava vedada a ele.

A *datio* era elemento essencial para a caracterização da *fiducia*, porém a *traditio* era dispensável. Ou seja, a posse poderia ficar com o fiduciante, caso o fiduciário não se opusesse.

O fiduciário era o adquirente da *res Mancipi* e condicionava-se às obrigações assumidas perante o fiduciante de devolver a *res*, quando da quitação do débito. Porém, por não haver entre os romanos o conceito de propriedade resolúvel, esta devolução não acontecia neste mesmo instante.

A titularidade do direito de propriedade do fiduciário era igual à de um proprietário qualquer, podendo interpor ação reivindicatória da posse até mesmo contra o devedor (que era o dono originário). O credor estava legitimado e desimpedido também para vender a propriedade, mesmo antes do término do prazo, assim como realizar a manumissão de um servo fiduciado. No entanto, este comportamento seria considerado desonesto e desleal perante o garante, além de ferir a boa fé, que para todos significava a base da *fiducia*.

4. Natureza jurídica

A *fiducia* constitui-se em Roma como um contrato real e apresenta natureza mista, pois tanto se apresentava como um negócio real quanto formal. A sua

¹⁴ Como defende VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 148

¹⁵ Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 189

natureza real consistia na *datio*¹⁶ da coisa, tornando, pois, o negócio perfeito. Já a sua natureza formal diz respeito a sua forma de constituição e de validade perante terceiros, quais sejam as adotadas: a *mancipatio*¹⁷ e a *in iure cessio*¹⁸.

O requisito principal da *fiducia* é a transferência realizada pela *mancipatio* ou *in iure cessio*, contraindo o fiduciário a obrigação de restituir a coisa, ou seja, esta apresenta-se como uma obrigação *re contracta* (deduz-se, pois, que a *fiducia* é um contrato real) ⁽¹⁹⁾¹⁹.

Demonstrava-se imprescindível a ocorrência de um dos negócios solenes que revestiam de formalismo a realização de transferência da propriedade nos termos da *fiducia*. Além dos aspectos formais, a realização do referido instituto revestia-se, ainda, de um elemento não-formal, denominado *pactum fiduciae*²⁰. Este acordo informal poderia estar inserido no momento da solenidade de transferência. Era um pacto acessório, desprovido de formalidades e que objetivava delimitar os direitos do fiduciante e do fiduciário. Contrato real é aquele que necessita da *conventio*²¹ e da *datio* para tornar-se perfeito.

A *fiducia* só poderia ser realizada entre cidadão romanos e além de ser um negócio baseado na *fides*²², como já fora dito, trata-se também de um negócio fiduciário²³, pois por conta dessa confiança depositada no fiduciário de que ele não ultrapassará os limites a ele impostos, ocorre uma maximização na sua posição jurídica para o cumprimento do fim visado.

16 *Datio* consiste na transferência da propriedade.

17 De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 317: “*Mancipatio* é um modo derivado de adquirir a propriedade (...), é um negócio jurídico solene *iuris civilis* (por isso somente podia ser utilizado por cidadão romano, ou por latinos ou peregrinos que tivesse *ius commercii*)”.

18 A *in iure cessio* também era um modo derivado de propriedade, porém diante do magistrado.

19 Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 97.

20 As fontes o chamam também de *pactum coventum* e *lex pactum*.

21 De acordo com tradução de SANTOS JUSTO, o.c. 24: “A palavra *conventio* é tão geral que pertence a tudo aquilo em que consentem os que entre si agem para fazer contratos e transações”

22 De acordo com SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - I (Parte Geral. Introdução)*² em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2003) 24: “(...) a *fides* é uma força moral que se impôs no mundo do direito (...)”.

23 O negócio fiduciário, que é desproporcional, beneficia mais ao credor que ao devedor

A romanística, através do estudo das fontes jurídicas romanas defende que apenas as *res Mancipi* seriam objeto da *fiducia*, porém autores²⁴ como LONGO E FREZZA entendem ser o referido instituto aplicável também à *res nec Mancipi*.

5. Tutela jurídica

A obrigação do credor de restituir a propriedade surgia ao ser cumprido pelo garante o pagamento integral do débito. O fiduciante dispunha da *actio fiducia*. Porém, a referida ação não possuía natureza real, apenas pessoal. Ou seja, o fiduciante não poderia alegar um direito a seu favor, tão somente exigir que o fiduciário cumprisse o dever assumido. A anteriormente citada ação limitava-se ao credor ou herdeiros deste, pois caso a *res* fiduciada tivesse sido vendida a um terceiro, este último não poderia ser perturbado pelo fiduciante.

Havia para o fiduciante a possibilidade de recuperar a propriedade da *res* sob *fiducia*, independentemente do pagamento da dívida ao fiduciário. Estamos a falar, pois, da *usureptio ex fiducia*²⁵. Esta forma de usucapião poderia retirar do credor a propriedade da coisa, mas para esta ser legítima, apesar de atender os requisitos da usucapião bastaria ser comprovada a *possessio* por parte do fiduciante apenas pelo período mínimo de um ano. Além do mais, não poderia ter sido celebrado entre o devedor (fiduciante) e o credor (fiduciário) contrato de *precarium*²⁶ ou *locatio conductio*²⁷. O credor, no entanto poderia precaver-se contra os efeitos e contra a ocorrência desse citado instituto. Primeiramente, ele deveria exigir o mais rápido possível a *traditio* da propriedade e, em segundo lugar, garantir que o fiduciante não utilizasse a *res* como se proprietário fosse.

24 Como informa VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 179.

25 De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 326: “A *usureptio ex fiducia* se dava quando quem havia transferido a propriedade de uma coisa a título de garantia do cumprimento de uma obrigação (*fiducia*) tornava a entrar na posse da coisa, readquirindo, depois de um ano (para qualquer espécie de coisa), a propriedade sobre ela”.

26 De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 548-549: “O precário é a convenção pela qual alguém (*precario dans*) concede a outrem (*precario accipiens*), gratuitamente, o amplo uso e gozo de uma coisa, obrigando-se este a restituí-la, quando aquele o solicitasse”.

27 De acordo com MOREIRA ALVES, o.c. 535: “A locação (*locatio conductio*) é o contrato pelo qual alguém, mediante remuneração (*merces*), se obriga a proporcionar a outrem o uso, ou o uso e o gozo, de uma coisa (*locatio conductio rei*) ou a prestar-lhe um serviço (*locatio conductio operarum*) ou a realizar-lhe uma obra (*locatio conductio operis*).

Então para alcançar os objetivos da segunda hipótese, ele deveria celebrar com o fiduciante uma *locatio conductio*, pois este seria constituído apenas como detentor precário, ficando impedido de exercer usucapião.

O fiduciário, ao fim do prazo estabelecido e do cumprimento da obrigação deveria receber, antes de devolver a *res*, os juros de mora constituídos durante o contrato.

O ato formal de transferência da coisa (*mancipatio* ou *in iure cessio*) acrescido do *pactum fiduciae* representavam contra o credor uma obrigação de restituir a propriedade da coisa, quando a dívida fosse paga na sua totalidade, como anteriormente fora afirmado. Mas, por inúmeras vezes, o fiduciante não cumpria a sua obrigação de saldar o débito. Nestes casos, o fiduciário poderia vender a propriedade para satisfazer o seu crédito, ficando também protegido contra uma acusação de má fé. O devedor não gozava do direito à evicção, cabendo a este somente o direito de receber o excedente (*superflum*) pela venda da *res*, como defende Vieira Cura²⁸.

Enquanto o fiduciante, que adimplira a dívida integralmente, poderia se valer da *actio fiduciae* como instrumento para obrigar o fiduciário a devolver a *res* alienada para fins de garantia, este, concomitantemente, poderia exigir daquele a restituição de despesas realizadas para a conservação e melhoria da *res*, além de indenização pelos prejuízos que esta lhe tenha causado. Para reivindicar os anteriormente citados direitos, o fiduciário tinha à sua disposição a retenção²⁹, a compensação³⁰ e a *actio fiduciae contraria*.

O *iudicium fiduciae*, provocado pela *actio fiduciae*, trazia no bojo de sua condenação apenas efeitos pessoais, ou seja, o fiduciário não sofreria perdas patrimoniais, mas era condenado por *infamia*³¹. Esta condenação, principalmente quando as *cives* ainda eram pequenas e quase todos se conheciam, representava um terrível golpe contra a boa fama e a honra do credor, pois passaria a ser conhecido como desleal e desonesto. Além do mais, seria privado da sua capacidade eleitoral de votar e ser votado; seria destituído da categoria privilegiada a qual pertencesse; além de, perder o direito de representação em juízo.

28 Vide VIEIRA CURA, António Alberto, o.c. 218-219.

29 Consistia num direito do credor de reter a coisa, até que lhe fossem restituídas todas as suas despesas decorrentes da *res*.

30 Resultava da condenação pecuniária na qual o fiduciário condenado, pagava ao devedor pela venda da *res*, mas já deduzia suas despesas havidas com a mesma, por ordem do magistrado.

31 O condenado por *infamia* passava a ser um segregado social.

Conforme leciona D'Ors³²: “As ações de boa-fé, eventualmente, correspondem a obrigações bilaterais recíprocas”, mas apesar de serem pessoais durante muito tempo, principalmente na época clássica (“período do verdadeiro apogeu e culminação do ordenamento jurídico romano”)³³, a infâmia representou um meio eficaz para evitar que o fiduciário procedesse com má fé, pois a sua palavra deveria demonstrar sua *bona fides*.

Parte II - A Fiducia no ordenamento jurídico brasileiro

1. Noções gerais

No Brasil, os negócios fiduciários constituíam-se no campo dos contratos inominados e não gozavam de proteção legal específica, pelo menos até a primeira metade da década de 1960. A tutela legal iniciou-se apenas a partir de 1965 com o surgimento da *fiducia* no ordenamento brasileiro como instituto jurídico de garantia, por força da Lei 4864/65 (Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil), que adotou a cessão fiduciária de crédito, que é justificada pela “*baixa capacidade aquisitiva da população para compra de bens de consumo duráveis e a constatação da ineficiência das formas tradicionais de garantias já existentes*”³⁴, e da Lei 4728/65 (Lei de Mercado de Capitais), com a alienação fiduciária em garantia³⁵.

À época de criação das referidas leis, o país já se encontrava sob o jugo da Ditadura Militar. No entanto, este período da história brasileira, conhecido pela restrição a inúmeros direitos constitucionais, trouxe também bastante crescimento econômico. A princípio, a grande preocupação do Governo Militar consistia em que o país acelerasse a sua produção industrial. Em seguida, os bens produzidos pela indústria, principalmente os veículos automotores e eletrodomésticos, precisavam ser adquiridos pelos consumidores brasileiros junto à indústria nacional. Surge um grande problema: de que maneira a maioria dos

32 Vide D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano*¹⁰ (Ediciones Universidad Navarra / Pamplona, 2004) 545.

33 Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*⁴. (Dislivro / Coimbra, 1984) 46.

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituto de Direito Civil IV* (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2002) 291.

35 Assim como a cessão de crédito foi concebida para estimular o consumo devido ao baixo poder aquisitivo da sociedade brasileira, fazia-se necessária mais políticas governamentais, é criada, pois, a alienação fiduciária.

consumidores poderiam adquirir o produto da indústria nacional se os mesmos não dispunham de recursos financeiros? Além do mais as garantias financeiras pré-existentes mostraram-se ineficazes como garantidoras dessas obrigações. Então, através da já citada Lei 4728/65, surge a Alienação Fiduciária em Garantia. A idéia era criar, por intermédio do financiamento dos referidos bens, uma grande circulação no Mercado de Capitais.

Lamentavelmente, apesar dos milhares de contratos que foram realizados entre financeiras e consumidores entre 1965 e 1969, as leis supramencionadas que regulavam a matéria não solucionavam eficazmente os casos de mora e de inadimplência, tampouco regulamentavam satisfatoriamente a resolução de lides relacionadas às obrigações pactuadas. Ao fim da década de 1960, na tentativa de suprir os defeitos técnicos e lacunas do artigo 66³⁶ (apesar do mesmo definir alienação fiduciária) da Lei 4728/65 foi editado o Decreto-Lei 911/69.

Desde o período de edição do Decreto 911/69³⁷ até o Novo Código Civil de 2002, aparentemente, a maioria das dúvidas quanto à alienação fiduciária eram satisfatoriamente solucionadas. No entanto não resolviam alguns problemas que ainda traziam grandes questionamentos, como a questão dos procedimentos da busca e apreensão. É publicada, portanto, no intuito de dirimir tais controvérsias e omissões, a lei 10.931/2004.³⁸

2. Alienação fiduciária de bens móveis e imóveis como garantia

O regime de alienação fiduciária é empregado como finalidade de garantia. A referida relação jurídica é própria da *fiducia* e não se confunde com figuras semelhantes como o depósito, mandato, comodato ou penhor.

36 De acordo com o Art. 66, *caput*, da Lei 4728/65, temos: “A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

37 Depois da redemocratização do país, o referido decreto foi muito criticado, pois entendia-se que ele não se coadunava com os “ventos da democracia”.

38 A lei que alterou o decreto supramencionado, na verdade retirou do campo da dúvida, a suposição de que este havia sido revogado anteriormente pela CF/88.

O sujeito ativo da relação é denominado fiduciário e exercerá a posse indireta do bem (que ficará com o devedor). As autoridades monetárias do Brasil determinam quem são as sociedades de crédito e financiamento autorizadas a realizar a alienação fiduciária. A lei 6.099/74³⁹ (modificada pela lei 7132/83⁴⁰) prevê que apenas a pessoa jurídica figure no polo credor (fiduciário).

O sujeito passivo será o fiduciante que exercerá a posse direta da coisa.

3. Natureza e tutela jurídica

A alienação fiduciária em garantia é um instituto formal, pois exige forma prescrita em lei. Além do mais, a sua validade contra terceiros torna o registro contratual no Cartório de Registro de Títulos e Documentos indispensável. Dessa forma atenderemos o importante requisito da publicidade dos contratos.

O credor fiduciário contrai alguns deveres a cumprir, como: I) Respeitar o uso regular da coisa pelo alienante, não o molestando, nem se apropriando dela, eis que vedada a cláusula comissória⁴¹, podendo apenas vendê-la a terceiros. II) Comprovar a mora ou o inadimplemento do devedor, se quiser valer-se da Ação de Busca e Apreensão. III) Aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito. IV) Repassar ao fiduciante o que exceder a importância apurada com a venda do bem. V) Transferir a propriedade ao fiduciante após quitada integralmente o contrato.

O devedor (fiduciante) também reveste-se de deveres, dos quais, exemplificam-se: I) Pagar pontualmente sua dívida; II) Não alienar, nem dar em garantia a terceiro o bem alienado, sob pena de cometer delito.

O fiduciante aliena os bens ao fiduciário que passa a ser o proprietário dos bens em questão. Porém, no próprio contrato que origina a transferência da propriedade, está prevista a sua extinção e a causa da mesma, configurando-se a referida propriedade como resolúvel. O fiduciário assume, pois, a posição de titular de um direito que estará subordinado a uma condição resolutiva.

39 Lei de 12 de setembro de 1974, que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências.

40 Lei de 26 de outubro de 1983 que modificou a anteriormente citada.

41 Que permitia o fiduciário a ficar com o bem em caso de inadimplência do devedor.

O decreto-lei 911/69 que autorizava a busca e apreensão⁴² do bem alienado em caso de descumprimento da obrigação de pagar por parte do fiduciante ou até mesmo se o próprio incorresse em mora, trouxe muitos questionamentos entre os doutrinadores brasileiros a respeito da sua constitucionalidade. No entanto, a lei 10931/2004 trouxe à luz que o referido decreto não fora revogado tacitamente nem pela Constituição Federal, tampouco pela lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A cláusula comissória (pacto comissório) é vedada no ordenamento jurídico brasileiro⁴³.

A cláusula resolutiva está prevista no Código Civil Brasileiro de 2002, no seu artigo 1359⁴⁴. Há previsão também no artigo 3º do Decreto-Lei 911/69 (modificado pela lei 10.931/2004).

O credor não poderá penhorar os bens alienados, pois os mesmos consagram-se como impenhoráveis, como ordena o julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal: *“O bem alienado fiduciariamente não pode ser penhorado, pois não é propriedade do devedor e, sim, do credor. Muito embora seja proprietário resolúvel e possuidor indireto, dispõe o credor das ações que tutelam a propriedade de coisas móveis e pode recorrer às ações possessórias, entre as quais, os embargos de terceiro”*⁴⁵.

Ao fiduciante é vedado o oferecimento do bem como garantia, pois o mesmo é possuidor direto, mas não proprietário pleno.

4. Críticas à alienação fiduciária

A alienação fiduciária não devia continuar a ser confundida ou convertida em depósito (como acontecia no Brasil até pouco tempo), pois são institutos jurídicos diferentes. Percebe-se claramente que esta conversão visa, exclusiva-

42 O artigo 3º do Decreto Lei 911/69, ordena: *“O proprietário ou fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro busca e apreensão”*.

43 De acordo com o artigo 1365 do CCB de 2002, afirma-se: *“É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.”*

44 De acordo com o artigo 1359 do CCB de 2002, afirma-se: *“Resolvida à propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possuía ou detinha.”*

45 JURISPRUDÊNCIA. REsp 88.059. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 22/12/2008.

mente, defender os interesses do credor, ou seja, apesar da lei 9514/97 ter atribuído ao fiduciário deveres que antes ele não tinha, na prática aconteceu um revés contra o fiduciante, que em alguns casos de inadimplência é considerado depositário infiel, estando antes sujeito à prisão civil. A referida interpretação extensiva e *in mala partem* remete o devedor a uma posição mais desfavorável do que aquela na qual já se encontra. Mais uma vez a favor do credor fiduciário (geralmente grandes bancos e financeiras), aparece, ainda, a rapidez processual com a qual o bem poderá retornar à sua posse. Enquanto na hipoteca e no penhor a ação intentada pelo credor poderá durar entre dois e cinco anos, na alienação fiduciária o credor poderá estar com o bem disponível para leilão antes mesmo de trinta dias, por intermédio da busca e apreensão.

Conclusões

Durante os 27 séculos (sendo 13 de vigência e mais 14 de supervivência) do direito romano, é inegável a sua influência na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos da atualidade. O Estado brasileiro não passa incólume nesta relação, pois na verdade a sua formação jurídica é baseada na influência romano-germânica. Senão vejamos: no início do século XX, à época do primeiro Código Civil Brasileiro (CCB de 1916), este continha a permissão de pactuar utilizando o pacto comissório (artigo 1163)⁴⁶. Porém o maior jurista brasileiro, Clóvis Beviláqua, à época já se opôs a este instrumento jurídico. Mesmo sendo ele, o idealizador do referido Código, a previsão legal manteve-se até o CCB de 2002.

Ora, se no ano de 326 d.C., o Imperador Constantino proibiu o pacto comissório, mais por motivos religiosos (combate à usura) do que por motivos meramente legalistas, torna-se natural que as nações modernas de orientação católica assumam a mesma postura.

A *fiducia* teve seu esplendor na época clássica, mas foi formalmente abolida por Justiniano no século VI d.C., portanto o *Corpus Iuris Civilis* quando chegou à Europa como base para diversos ordenamentos jurídicos já não trazia o referi-

46 Art. 1.163: “Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço.

Parágrafo único - Se, em 10 (dez) dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.”

do instituto. Tornou-se, então, árduo o trabalho de pesquisa ora realizado, pois as fontes diretas praticamente não existem ou são muito raras.

Parafraseando o meu ilustríssimo Prof. Doutor Rui Marcos, considero (através do meu limitado conhecimento) que: “*As grandes obras são como as grandes montanhas, de longe vêem-se melhor*”⁴⁷. Ou seja, depois de 27 séculos de influência jurídica romana, à medida que o tempo passa, mais podemos reconhecer que o sol ainda não se põe sobre Roma.

Referências bibliográficas

BUENO DELGADO, Juan Antonio, *Pignus Gordianum* (Dykinson / Madri, 2004);

DEL CORRAL, D. Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Romano* exemplar 942 (Ed. Lex Nova S.A./Barcelona, 1889)

D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano*¹⁰ (Ediciones Universidad Navarra / Pamplona, 2004);

ERBE, Walter, *Die Fiduzia* (Weimar, 1940)

FERNANDÉZ DE BUJAN, *Sistema Contractual Romano*² (ECERA / Madri, 2004);

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *Rostos Legislativos de D. João VI no Brasil* (ALMEDINA/COIMBRA, 2008)

MOREIRA ALVES, *Direito Romano*¹⁴. (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2007);

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituto de Direito Civil IV* (Editora Forense / Rio de Janeiro, 2002);

SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano - I (Parte Geral. Introdução)*² em *Studia Iuridica* 50 (Coimbra Editora / Coimbra, 2003);

_____, *Direito Privado Romano - II (Direito das Obrigações)*² em *Studia Iuridica* 76 (Coimbra Editora / Coimbra, 2006);

⁴⁷ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *Rostos Legislativos de D. João VI no Brasil* (ALMEDINA/COIMBRA, 2008) 81.

SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes*⁴. (Dislivro / Coimbra, 1984);

TORRENT, Armando, *Diccionario de Derecho Romano* (Edisofer / Madri, 2005);

VIEIRA CURA, António Alberto, “*Fiducia cum Creditore*” (Aspectos Gerais) no suplemento XXXIV do BFDC (1991);

VOLTERRA, Edoardo, *Instituzioni di Diritto Privado Romano* (Ed. Ricerche / Roma, 1961).

El Ius Gentium; Su Incidencia en Materia de Derecho Mercantil Internacional

Por Daniel G. Bonjour¹ e Lorena A. Galleni²

Introducción

Desde el nacimiento de las primeras relaciones internacionales, se utilizó un conjunto de normas que, sin estar sistematizadas, cumplían una función de organización de estas relaciones.-

En Roma el Ius Gentium tenía una cierta orientación comercial. Observaremos en primer término el proceso de conformación y desarrollo del derecho que servía, en el Imperio Romano, para regular el tráfico comercial entre todos los pueblos que conformaban aquella comunidad internacional y el que vivimos hoy en pos de una futura unificación jurídica para la resolución de conflictos.-

Terminología

El ius gentium aparece por primera vez en los textos literarios de Cicerón y Tito Livio. El primer jurista que lo utiliza es Gayo³.

1 Abogado. Profesor de Derecho Romano (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata/Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana); Profesor de Economía Política (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana); Profesor en Docencia Superior (UTN – Universidad Tecnológica Nacional). Docente Adscripto de Derecho Social (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata). Apoderado Fiscal Externo de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Asesor Letrado de la Subsecretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de La Plata. Director Ejecutivo de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

2 Abogada. Profesora de Derecho Romano (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata/Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata/Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo). Apoderada Fiscal Externa de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires.

3 Michel, J “Sur los orígenes du ius gentium”, Rida, 3, 1956, p. 313.

En el Libro Primero, Título Segundo de las “Institutas”, Gaius nos enseña que *“Jus autem civile vel Pentium ita dividitur. Omnes populi, que legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim común omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populos ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est civitatis; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturales, ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos perae que custoditur, vocaturque ius Pentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim común omnium hominum jure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemos.”* Traducido, “El derecho se divide en civil o de gentes. Todos los pueblos regidos por leyes o costumbres tienen un derecho, que en parte les es propio, y en parte es común a todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo se da exclusivamente es propio de los individuos de la ciudad, y se llama derecho civil; mas el que una razón natural establece entre todos los hombres, y se observa en casi todos los pueblos, se llama derecho de gentes, es decir, de todas las naciones. Los romanos siguen también un derecho en parte aplicable a los solo ciudadanos y en parte a todos los hombres. Cuidaremos de determinarlos en sus respectivos lugares”.

Esto quiere decir que estamos en presencia de una palabra acuñada fuera del ámbito de la jurisprudencia. Sin embargo, esta demostrado que lo que Gayo (1,1=D 1,1,9), “El Derecho, en todos los pueblos regidos por leyes y por costumbres, es en parte propio y peculiar de ellos y en parte común á todos los hombres. Por eso el derecho que cada pueblo se da á sí mismo es propio suyo, y se llama derecho civil, cual si dijéramos derecho de la ciudad. Aquel, empero, que la razón natural ha constituido entre los hombres, lo observan igualmente todos los pueblos y se llama derecho de gentes, esto es, derecho común a todas las naciones. De consiguiente, el pueblo romano reconoce a la vez un derecho que le es propio, y un derecho común a todos los hombres”; significa con el *ius gentium*, un conjunto de instituciones jurídicas aplicables a todos los pueblos⁴ existía desde el siglo III a.C.-

Jacque Michel,⁵ después de analizar los distintos pasajes de Cicerón y de Tito Livio donde aparece dicha expresión, llega a la conclusión de que no fue introducida por estos autores, sino que ellos dieron un nuevo significado, influidos sobre todo por los estoicos y por Aristóteles, conjetura que el *ius gentium* significo, originariamente, el derecho de la gens, como opuesto al derecho de los ciudadanos, al *ius civilis*, y que cuando Cicerón y Tito Livio utilizan la ex-

4 Es dable aclarar

5 Michel, J; “Sur les origenes du *ius Pentium*”, Rida, 3, 1956, p 313.-

presión (siglo I a.C), se preocupan por darle un significado de derecho aplicable a todos los pueblos, unánimemente aceptado, fundado en la naturaleza⁶.-

El *ius Gentium* aparece referido a diversos tipos de instituciones jurídicas, así con respecto a la propiedad, que se considera fundada en la razón natural (*naturalis ratio*). Se habla así en lo modos de adquisición de la propiedad peculiares del *ius gentium* como la *traditio* (Gayo 2 rer, cotad, D 41,1,9,3); designa asimismo instituciones comerciales como la *compraventa* (Paulo 33 ad ed D 18,1,1,2. Marciano 7 D 48,22,15), la *locatio conductio* (Paulo 34 ad ed D. 19,2,1). Por lo tanto, el derecho de gentes al que referimos, trata no solo estas materias sino que refiere a instituciones de comercio internacional, y los conflictos, en los que interviniendo extranjeros, eran resueltos por el pretor peregrino en las crecientes relaciones comerciales entre Roma y los pueblos dominados. En la actualidad el contexto de globalización comercial plantea la necesidad de soluciones *ad hoc* que trasciendan las diferencias entre los derechos civiles mas allá de las soluciones conflictuales clásicas aportadas por el derecho internacional privado. Cabe agregar, que el estudio del procedimiento formulario abría la posibilidad de la intervención de un arbitro para la resolución de conflictos.

Contenido del *Ius Gentium*

El derecho aplicable por el Pretor Peregrino en los conflictos donde intervienen extranjeros, es el que técnicamente merece ser llamado *ius gentium*.-

Así podemos citar algunas fuentes literarias que nos dicen que son instituciones del *ius gentium* la secesión hereditaria de los hijos (Quintiliano 7,1,46), *Solutio* (iug 22,4) el derecho de guerra, por mencionar solo algunas.-

El *ius gentium*, en sentido propio, es el derecho aplicable por el Pretor Peregrino, derecho que se fue creando por vía casuística, y cuya evolución se acelero en el año 242 a.C.-

Aparece como una respuesta a la necesidad de resolver los problemas jurídicos, que se derivaron del creciente intercambio comercial entre Roma y los pueblos dominados. El principio de personalidad del derecho resulta insuficiente para resolver justa y ágilmente esos problemas, por lo que fue necesario crear un derecho sustantivo independiente de las nacionalidades.-

6 El hecho de que Cicerón prefiera usar la expresión *ius Gentium*, en lugar de *ius naturale*, es una prueba de que la primera no era extraña a sus contemporáneos. Aristóteles, en cambio, prefiere hablar de ley natural.-

Con la ampliación de la competencia del Pretor Peregrino a los ciudadanos (sobre todo después de la *lex Julia Iudiciorum*), y luego con la extensión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, la diferencia entre *Ius Civilis* y *Ius Gentium* dejó de tener sentido práctico, solo se mantuvo con objeto de precisar si las instituciones jurídicas procedían de uno u otro.-

En la actualidad se repite, en términos generales, la situación fáctica, que dio lugar al nacimiento del *Ius Gentium*, un intenso intercambio comercial entre los diferentes pueblos con diferentes derechos civiles.-

La solución que se había venido dando a los problemas jurídicos derivados del comercio, mediante la aplicación de las reglas de conflicto de leyes, o derecho internacional privado, no parece hoy suficiente. De aquí que se haya venido procurando la creación de un derecho sustantivo común, o derecho mercantil internacional, que proporcionen una mejor solución a esos problemas.-

Así se puede afirmar que de la historia y evolución del *ius gentium* se colige que para su desenvolvimiento fue necesaria la creación de una jurisdicción especializada, en la cual se fue formando casuísticamente tal derecho.- Hoy también se ha creado una jurisdicción especializada en comercio internacional. Basta con mencionar los tribunales de arbitraje comercial internacional, como la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París⁷, sin poder dejar pasar por alto que a partir del 1 de mayo ha entrado en vigencia el Nuevo Código Aduanero, la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional⁸, nacida en 1934 como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, para solucionar de manera especializada las controversias comerciales, o la Asociación Americana de Arbitraje⁹.-

Esta Corte a diferencia del Magistrado romano que estaba dotado de *Imperium* y *iurisdictio*, no tiene jurisdicción propia, sino solo que las partes se someten a ella, su funcionamiento depende de un convenio que celebran las partes.-

La mayoría de las Cortes han publicado sus propias reglas de procedimiento, cuyo antecedente no es más que el Edicto Pretoriano, sin embargo es de hacer notar que no tienen la posibilidad de ejercer una labor creadora, me refiero en el sentido de crear un nuevo sistema de reglas y principio jurídicos como lo hizo el Pretor Peregrino.-

7 <http://www.iccspain.org/>

8 <http://www.ciac-iacac.org/portal/default.aspx>

9 <http://www.intracen.org/default.aspx>

La experiencia del Proceso Formulario, que parece haber surgido precisamente para resolver conflictos de comercio internacional, puede ser aprovechada en este sentido; en el compromiso arbitral, las partes de común acuerdo y con ayuda del arbitro pueden hacer un planteamiento jurídico del caso, que indique al arbitro la condena que impondrá si se cumple determinados supuestos fácticos, es decir que al decir de los romanos, las partes pueden convenir una formula.-

I. Aproximación a la “Lex Mercatoria”

La autonomía de la voluntad, los usos y las costumbres sustentan como fuentes al Derecho Mercantil Internacional y nutren al comercio exterior, especialmente a la contratación comercial internacional.

Apronta entonces, la denominada “lex mercatoria” sobre la que pesa aún hoy su dificultosa identidad y contenido.

Este nuevo orden jurídico ha recibido numerosas denominaciones; se la conoce como “new law merchant”, “derecho transnacional o a-nacional”, “derecho mercático” o “lex mercatoria” como tradicionalmente se la nomina.

Se la reconoce como un derecho consuetudinario, de acatamiento universal conformado por reglas uniformes.

Por ello mismo es de hacer notar la tendencia a elaborar “leyes modelo” que caracterizadas por carecer de fuerza coactiva, invitan a los Estados partícipes a adoptar su contenido como hilo conductor de eventuales reformas legislativas

La ley modelo constituye ante todo, un parámetro de contención y de sugerencia de adecuación.

Típica modalidad de legislación proyectiva, requiere de posterior producción de normas nacionales e internacionales que respondan en su contenido a las máximas de la propuesta.

Emanada de un Organismo Internacional opera como una suerte de consejo o recomendación que por su tenor, carece en sí misma de función coactiva.-

II. A. Lex Rhodia de iactu. (D 14.2.1)

- Paulus. Libro II. Sententiarum.- Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciantur, quod pro omnibus datum(4) est

Traducción de Ildefonso García del Corral

- Paulo. Sentencias. Libro II. Disponese en la Ley Rodia, que si para aliviar una nave se hizo alijo de mercancías, se resarza a contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causo.

Creemos que nos es posible considerar a la mencionada Lex Rhodia, como el antecedente ineludible del germen de las normativas del comercio internacional. No podemos dejar pasar las ideas que campeaban en la orbita internacional antes de la aparición de las ideas de Hugo Grocio; mare nostrum por oposición a mare liberum.

II. B.Contenido de la “Lex Mercatoria”

El ámbito privado internacional está rodeado de problemas condicionantes. Factores políticos y económicos tales como la cooperación, la integración y la interdependencia y globalización de la economía ejercen fuerte influencia; por otra parte, los factores sociológicos como los condicionantes demográficos y la realidad multicultural subyacen en todo estudio de la disciplina; finalmente, los factores filosóficos- jurídicos conducen al valioso hallazgo de la seguridad jurídica.

Bajo ésta impronta, indudablemente el área de los contratos requirió la formación de tipos contractuales que dotaran a las diferentes especies de identidad y autonomía, cuestión conocida como “standard forms”¹⁰.

La cláusulas contractuales y las nuevas combinaciones contractuales en el ámbito internacional cobraron un grosor tal que supera a los tipos contractuales contenidos en las leyes nacionales; así por ejemplo, los “contratos llave en mano”, “producto en mano” y “mercado en mano” que conforman una simbiosis de otras categorías como los contratos de ingeniería, de asistencia técnica, traspaso de marcas, patentes.

El resultado es un nuevo producto contractual transmitido por la “lex mercatoria” que a su vez es la inducción a la creación de normas de fuente interna como internacional que lo contenga.

Podemos agregar que campea como principio también entre las funciones de las aduanas, haberse convertido en facilitadoras del comercio exterior.

10 Precisamente, con la alocución “standard form” se tiende a la formulación de un “modelo de contrato” sobre determinado tipo que esboce las condiciones generales de contratación

“Las relaciones comerciales durante la época imperial romana: ¿Una forma de globalización?”

¹Por Ab. Marisa T. Domínguez

I. Introducción

Con este trabajo pretendemos estudiar cómo se fueron dando en la Roma imperial las relaciones comerciales, que sin duda todos los pueblos de la antigüedad practicaban, a través de las necesidades cada vez más crecientes tuvo el Imperio romano.

Para ello, estudiaremos sus relaciones comerciales, deteniéndonos en la forma en que se fueron desarrollando y a través de qué medios.

Asimismo, para que su estudio no se convierta en un relato de la historia de las relaciones comerciales, pretendemos analizar si la gran expansión comercial romana, de época imperial, puede asimilarse con una forma de globalización incipiente o particular que logro abrazar dentro del vasto imperio, diversas regiones, culturas, economías, lenguas y gobiernos, mediante el proceso de la romanización.

II. Las Relaciones Comerciales durante el Imperio.

Breve Reseña

La ciudad de Roma, que llegó a contar un millón de habitantes necesitaba proveerse de mercaderías que le llegaban desde todas partes. Una gran cantidad de rutas comerciales atravesaban el Imperio cruzando el Mar Mediterráneo o aprovechando los excelentes caminos pavimentados que a tal efecto se habían construido.

Sin duda, la forma más económica y rápida de transportar, comprar y vender o intercambiar esas mercaderías, era a través del comercio marítimo. Es por

1 Prof. Asistente de Derecho Romano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC.

ello que los romanos contaron con una gran red de puertos, uno de los más importantes fue: Ostia, a 20 km de Roma, en la desembocadura del río Tíber.

También Alejandría, en Egipto, se desarrolló como uno de los puertos más importantes para la comercialización de trigo, alimento vital para la población de la ciudad de Roma, cada vez más creciente. El entorpecimiento del comercio de alimentos era castigado severamente por el Estado.

Otra de las necesidades de la ciudad fue el abastecimiento de minerales, como el hierro, cobre y estaño, que provenía desde Inglaterra; el oro y la plata desde España; la sal desde Austria. Los artículos de lujo se traían desde China, como la seda; algodón y pimienta de la India; marfil y animales salvajes de África; aceite de oliva de España; vino de Grecia; papiro desde Egipto y esclavos desde todas las partes del Imperio.

Los barcos utilizados, generalmente de particulares, eran naves capaces de transportar hasta 400Tn de carga o 600 ánforas, esto es vasijas de barro de 50 kg cada una.

El transporte por mar era mucho más rápido, barato y seguro que el por tierra. Aunque el peligro estaba presente a causa de los piratas, el clima riguroso, las embarcaciones deficientes y los mapas muy rudimentarios. Esto mejoró notablemente a partir de la instauración de la *pax romana*.

Aún así, Roma se ocupó también de desarrollar el transporte terrestre al construir una vasta red de caminos o vías que unieron la capital con todo el Imperio. Se utilizaba para ello bueyes o burros, esclavos o camellos. El objetivo principal de la creación de estas carreteras, en principio, se debió al traslado y despliegue de las legiones militares. El comercio romano tuvo su máximo apogeo con la *pax romana* en el siglo II d.C. El Imperio de esta etapa contó con una red viaria de aproximadamente unos 100.000km de carreteras pavimentadas; las Vías y las calzadas, consistente en 29 calzadas que partían de la ciudad de Roma, y una red que cubría todas las provincias conquistadas importantes. Algunas tenían 7,5m de anchura. Cada mil pasos, una milla romana, 1480m se colocaba un *miliarium*; roca cilíndrica de unos dos metros de altura medio metro de diámetro y un peso de unas dos toneladas, que indicaban la distancia entre las poblaciones, los logros del Emperador que gobernaba en ese momento, quien la había construido, si había sido reparada, si la calzada era de grava *vía glarea* si estaba pavimentada *vía strata*. Derivados de aquellos miliarios fueron los “Leguarios”, que indicaban en los “Camino Reales” la distancia en leguas a las poblaciones

desde la legua 0. Como en la Puerta del Sol de Madrid (hoy Km. 0), frente a Notre Dame en París, o Trafalgar Square en Londres. Dichas calzadas romanas, fueron base fundamental para el desarrollo que tuvo el Imperio, y precisamente por esa importancia, venía la obligación que tenían los Legados, Gobernadores, Procónsules y Cónsules de mantenerlas en perfecto estado, para el paso de sus legiones y mercaderes.

También contaron con túneles, puentes, cualquier obra de ingeniería que fuera necesaria para facilitar el camino.

La famosa frase que todos los caminos llegan a Roma era cierta. Los emperadores Augusto, Tiberio y Flaminio, entre otros consideraban moralmente recomendable la construcción de calzadas para evitar que en tiempos de paz, los soldados se hicieran vagos y no estuvieran físicamente preparados.

Según la ley romana toda persona tenía derecho a usar las calzadas romanas, pero los responsables del mantenimiento eran los habitantes del distrito por el que pasaba; cuando el imperio romano declinó, su red de caminos declinó con él. Sin embargo, la calidad superior y la estructura de sus firmes han permitido que muchos caminos romanos sobrevivan a este día.

Respecto del medio de pago utilizado dentro del comercio romano aparece como principal, el uso de las monedas de oro (*aureus*), de plata (*denarius*), de bronce (*sestercius*) o de cobre (*dupondius*).

La más importante de las rutas o relaciones comerciales fue, sin lugar a dudas, la Iniciada alrededor del Siglo I d.C, y conocida como la Ruta de la Seda, que supuso la principal conexión entre las culturas occidentales y orientales. Hasta el siglo XIX estuvo activa, intercalando periodos de decadencia con otros de mucha intensidad de intercambios comerciales. La Ruta de la Seda comunicaba China con Europa, atravesando el mundo islámico de Asia Central. En los primeros años (Siglo I d.C), unía la capital imperial china, con Roma, capital del Imperio Romano.

Aunque dejó de usarse como itinerario comercial, la influencia que la Ruta de la Seda tuvo en el mundo trascendió a su desaparición, y fue la base para que los siguientes movimientos mercantiles siguieran recorriendo el mismo camino: desde Europa hacia las costas del Este de Asia.

Con o sin la Ruta de la Seda, los productos siguieron moviéndose entre ambos mundos. Occidente siguió comprando las exóticas confecciones orientales durante siglos. De hecho, en este siglo XXI, Occidente sigue comprando lo que se fabrica en Asia.

III. La Romanización. ¿Una forma de Globalización?

Conceptos. Similitudes.

El estudio de la historia romana es, en primer lugar, el estudio del proceso por el que Roma, siempre consciente de su misión, se convirtió de la ciudad-estado sobre las Siete Colinas, en la dueña del mundo; en segundo lugar, el estudio de los medios por los cuales adquirió y mantuvo su dominio. Estos medios fueron su singular capacidad de convertir a los enemigos en amigos, y eventualmente en romanos, aunque siguieran siendo españoles, galos o africanos.

De ella derivaron su *romanitas*, su "romanidad". Romanitas es una palabra apropiada que el cristiano Tertuliano empleó para dar a entender todo lo que un romano da por supuesto, el punto de vista y la manera de pensar de los romanos.

En las diversas regiones donde se dio una romanización intensa se ha comprobado, que aunque con diferencias regionales, la romanización se dio en diferentes fases progresivas:

1. Adopción del latín, primero en la administración y por parte de las élites. Frecuentemente los hijos de las élites eran enviados a Roma para conocer la capital y aprender bien la lengua, así como para relacionarse con personas influyentes.
2. Penetración de las costumbres: ropas, arquitectura, mercancías, moneda, objetos de comercio, etc.
3. Penetración de las religiones existentes en Roma, tanto la propia como las orientales: cultos a Cibeles, Mitra y Jesús.

La máxima expresión de este concepto llegó en algunos lugares con la concesión de la ciudadanía romana a los habitantes del lugar, que fue general en el año 212, con el Edicto de Caracalla.

Roma crea un imperio extenso, dominado directamente desde un centro político y administrativo, desarrollando la idea griega del *ecumene* hacia el *orbis terrarum*, es decir hacia una mundialización. Se trata de una conquista territorial y de una conquista cultural. La ecúmene en la perspectiva romana consiste pues en una nueva entidad de composición heterogénea, en la que la unidad viene definida por la implantación de la hegemonía².

2 PLÁCIDO SUÁREZ, Plácido. 2008. La ecúmene romana: Espacios de integración y exclusión.

Será con el emperador Augusto cuando se lleve a efecto la realidad de esta mundialización de manera consolidada y relacionada con la *pax Augusti* y con el nacimiento de una nueva Roma y de una nueva era. La fundación de este Imperio como régimen político, en algunos aspectos, pretendía ser el heredero del imperio alejandrino y continuador de su programa civilizador y conquistador, aceptando la helenización cultural para facilitar que el bárbaro quisiera integrarse en las estructuras del Imperio romano. Roma se erige así en la potencia universal civilizadora del mundo, ocultando lo que no es más que una dominación política, ideológica y lingüística en el marco del mismo imperialismo romano.

Y lo que en un principio se logró a través de las armas, con el tiempo fue fruto de la romanización: la ciudad fue identificada con el mundo.

Fue la *pax romana* la condición sine qua non para que se dieran las condiciones que favorecieron el comercio a gran escala, entre las cuales una serie de elementos fundamentales como la red de carreteras, la seguridad en el mar y la mejora en las vías de navegación, fueron primordiales para la época.

Respecto del concepto a relacionar, lo hayamos a finales de los sesenta, donde se comienza a hablar de un término que se hará común en el mundo, la globalización, expresando lo global para destacar las profundas transformaciones sociales e internacionales a que estaban dando lugar los cambios tecnológicos y comunicacionales. Este fenómeno se consolidará en los años noventa y que se ha desarrollada a la par con el capitalismo que la impulsó.

El Diccionario de la Real Academia Española define la globalización económicamente como:

Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo queden cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos.

Esta acepción es fuertemente económica, y hoy es común rechazar la reducción del fenómeno globalización a su componente económico.

La globalización no puede observarse o estudiarse solo desde el punto de vista económico, como comenzó a llamarse o a sonar sino también social y culturalmente.

Ello significa que el fenómeno se realiza en distintos planos y que han existido distintos momentos históricos en los cuales se han desplegado las tendencias globalizantes.³

Pero la globalización es un fenómeno social: sus causas o elementos constitutivos no son sólo económicos y sus efectos tampoco son exclusivamente económicos.

Es la integración más estrecha de los países y las personas del mundo, que ha sido causada por la enorme reducción en los costos de transporte y comunicación, y por el colapso de barreras artificiales al flujo a través de fronteras de bienes, servicios, capitales, conocimiento, y (en un menor grado) personas.⁴

La globalización ha acompañado todo el proceso de desarrollo de la economía desde antiguo. Se podría decir que la historia económica es la historia de la globalización.

“Globalización” y “mundialización” son dos vocablos que designan el mismo fenómeno. Mientras los autores de países angloparlantes aluden a la “globalización”, los autores francoparlantes se refieren al mismo fenómeno con la palabra “mundialización”

La perspectiva histórica nos muestra cómo, en presencia de un sistema institucionalizado, el desarrollo conjunto siempre ha sido más armónico. Hasta ahora, los cambios importantes en las instituciones internacionales siempre han ido acompañados de conflictos bélicos; lo deseable sería evolucionar hacia modelos de cambio pacífico, pero eso sólo se podrá conseguir si el desarrollo es realmente global, es decir, para todos, porque entre iguales es más fácil conseguir la paz(32), una vez que la idea de competencia exclusiva que antes dominaba parece haber desaparecido.

La primera estructura o elemento fundamental de la Globalización es la:

- *Eliminación de barreras económico- políticas a la libre circulación de factores productivos.*

La segunda estructura o elemento es:

- *El proceso de desarrollo tecnológico sin precedentes de las comunicaciones físicas y de las telecomunicaciones, lo que permite un desplazamiento fluido de personas, información, y de modelos culturales y sociales por todo el mundo.*

3 FAZIO VENGOEA, Hugo, citando a Giddens nos dice que: *La globalización tiene algo que ver con la tesis de que todos vivimos ahora en un mismo mundo.*

4 FAZIO VENGOEA, Hugo. 2003. *La Globalización.*

Hemos mencionado en el apartado anterior a las relaciones comerciales en la época imperial romana y advertimos que se establecieron como relaciones de, en expresión actual, carácter internacional.

Es el comercio internacional bases de la globalización, en la medida en que ésta depende de un comercio a escala global para que pueda existir interacción económica entre las personas. Gracias al comercio las personas pueden intercambiar productos por dinero. Es una idea sencilla que supone la base de un complejo sistema que ha adquirido en la actualidad, dimensiones mundiales, que guardan desde la mirada antigua una similitud.

El comercio internacional implica una serie de requisitos, como son: el conocimiento de mercados exteriores (hay que saber si hay alguien con quien comerciar al otro lado), la tecnología para recorrer largas distancias (innovaciones tecnológicas para hacer más eficiente el desplazamiento), la transferibilidad de los productos (que no sean muy pesados y que se puedan transportar para ser vendidos) o la complementariedad entre regiones o países (que un país exporte lo que el otro necesita importar)⁵. Estos requisitos nos recuerdan los adoptados por el imperialismo romano de aquella época.

No nos queda lugar a dudas que fue el Imperio Romano la primera experiencia auténticamente real de *globalización*, aunque basada en un aparato militar. Puede tomarse al Imperio Romano como un espacio común globalmente romanizado, como fruto de la interrelación y ósmosis cultural entre dos componentes “activos”, Roma y los pueblos gradualmente integrados en su esfera de dominio político.

Varias categorías o elementos de romanización asimilados a la globalización actual establece Bancalari⁶ en su obra como importantes:

- 1) *La integración cultural y promoción política de las aristocracias locales y provinciales*, pues Roma impulsó los mecanismos adecuados para difundir entre muy diferentes sociedades la civilización greco-latina, atrayendo a ese espacio de progreso intelectual y refinamiento material a muchas aristocracias locales que, de liderar la resistencia al avance romano, pasaron a ser representantes de Roma;

5 CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. 2004. Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI.

6 BANCALARI MOLINA, Alejandro. 2007. Orbe Romano e Imperio Global. La Romanización desde Augusto a Caracalla, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2007.

- 2) *El significado y expansión de la ciudadanía romana por todos los ámbitos del imperio*, su progresiva difusión por todos los sectores sociales libres, empezando por las aristocracias locales, adoptándose los procedimientos jurídicos apropiados, hasta culminar en el edicto “homologador” de Caracalla.
- 3) *El Derecho*, las más racionales y aquilatadas leyes romanas, que funcionaron como mecanismo regulador de las relaciones entre individuos y comunidades, superando las tradiciones consuetudinarias locales, y tomando la ciudad como espacio básico de convivencia y orden político.
- 4) *El sistema político*, con la institución imperial a la cabeza, garantía de la unidad del imperio, artífice de un equilibrio entre centralismo y fuerzas centrífugas, que permitió largos tiempos de paz y fomentó el avance material e intelectual.
- 5) *La creación de un gran espacio económico unitario*, asegurado por la presencia militar romana, por la difusión de una moneda común, y por el desarrollo de las comunicaciones. Ello favoreció una economía global, un comercio abierto y con relativas limitaciones, y una demanda de productos en cantidad, variedad y calidad, con una extensa red de mercados a diversos niveles.
- 6) *La educación*, tradicionalmente orientada a la formación de las élites, pero hasta cierto punto “liberalizada” de trabas sociales y legales por el régimen imperial, lo que favoreció su apertura a otros sectores de población, y la creación de escuelas públicas para difundir el legado cultural greco-latino.
- 7) *La tecnología*, que asimiló lo fundamental de las aportaciones teóricas griegas, con un sentido práctico proyectado a la fabricación de productos y utensilios de muy variada índole, o a esferas, como la arquitectura y la ingeniería, que figuran entre las manifestaciones más admiradas de aquella civilización romana, y constituyen símbolos visibles del poder de Roma.
- 8) *El desarrollo de una densa “plataforma comunicacional”*, configurada por una abigarrada red viaria terrestre, marítima y fluvial, bien construida y mantenida regularmente, que sirvió para los intercambios mercantiles y los abastecimientos, los desplazamientos militares, las transferencias culturales, la difusión de la información a todos los niveles, por la que viajaron los correos y se desplazaron las delegaciones, los comerciantes o simplemente los viajeros curiosos.

- 9) *Un ejército permanente y aguerrido*, bien dotado, entrenado e incentivado, salvaguarda del estado, garantía de su unidad y estabilidad, respaldo del sistema político unipersonal imperante, una institución dominante que asumió muy variados cometidos, y contribuyó a propagar por todos los ámbitos los elementos romanizadores, tanto de carácter material como cultural y espiritual.
- 10) *El culto imperial*, religión oficial del estado, elemento de convergencia ideológica entre pueblos y sociedades muy diversas, factor de unidad política en sintonía con el culto a *dea Roma*, de raíces helenísticas, y el sincretismo religioso que propició la integración de muchos dioses locales en el panteón romano, y la correlativa recepción en los entornos provinciales de divinidades y liturgias romanas a través del prisma de las tradiciones autóctonas.
- 11) *La vida urbana*, el desarrollo de la “ciudad” como auténtico foco de romanización, como espacio primario de sociabilidad, de acceso a la cultura, de intercambio económico, de bienestar material, de ocio, de oportunidades, la *urbanitas* como símbolo de un nuevo orden, articulado sobre el prolijo mapa de lo que Roma configuró como la primera “Europa de las ciudades”.

Concluimos que:

La famosa frase: “todos los caminos conducen a Roma” nos iluminó a través de esta breve investigación. Augusto no se equivocó al pensar políticamente como lo hizo. El Imperio Romano abrazó a parte de los países más ricos y más prósperos de la tierra conocida, algunos de los cuales habían alcanzado un grado de cultura y de bienestar que desde entonces ya no volverían a recobrar nunca. La libertad de comercio no se veía, en esa época, entorpecida por las aduanas interiores y la favorecía, al mismo tiempo la unidad de leyes, monedas, pesos y medidas.⁷ Sus caminos y sus rutas unificaron culturas, costumbres, ideas.

La globalización romana les llevó a los habitantes o, en todo caso, a la capa superior de los habitantes de este espacio mundial, el sentimiento de una ciudadanía universal –ciudadanos del mundo-. El ejemplo más conocido es el de

7 FRIEDLAENDER, L. 1947. La Sociedad Romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos.

Pablo de Tarso, san Pablo, este judío en vías de convertirse en cristiano, que afirmaba con fuerza: "Soy ciudadano romano".

Por último, hay un problema que todavía experimentamos hoy: el de la lengua, la unificación lingüística. Al cabo de un período de varios siglos, la globalización romana se mostró incapaz de integrar o asimilar nuevos ciudadanos, aquellos a los que llamaba "bárbaros" y que, al no poder integrarse en el espacio y el sistema romanos, se sublevaron contra este espacio.

Aunque los romanos evidentemente no tenían las mismas urgencias ni nociones de pensamientos que les exigieran pensar ni actuar globalmente desde la contingencia actual, sin embargo, en muchas de sus concepciones políticas e ideológicas se pueden rastrear elementos que están contenidos en la moderna concepción de la globalización. En este sentido, los romanos eran conscientes de que querían establecer ese imperio mundial, que se presentaba como gobierno de la *ecuméne* y que ahora podemos llamar sin pudor mundialización o globalización, aun estableciendo las grandes diferencias entre ese pasado y nuestro presente. El emperador Augusto no hace otra cosa que continuar con esta idea y convertirla en la propaganda de su régimen.

Demostrar que la romanización es un proceso similar al proceso que en la actualidad se vive en el mundo, conocido como globalización, nos pareció oportuno. Hemos observado que los elementos de la globalización actual estuvieron presentes en el mundo imperial romano, a través de su romanización.

Si observamos el comportamiento de grandes regiones, como la Unión Europea, el Mercosur, entre otros, y sobre todo, al pensar en el fenómeno de la globalización, quizá debemos volver una vez más nuestra mirada hacia la antigua Roma. Si la idea y la *praxis* de respetar la diversidad resultaron exitosas como *modus vivendi*, con mayor razón esta experiencia romana podría ser una alternativa para el mundo moderno globalizado.

Estas relaciones comerciales históricas, sus rutas y su forma de comerciar juntamente con el afán por englobar todos los territorios dentro de un mismo sistema político y económico demuestran que, desde siempre, el ser humano ha buscando el encuentro y la cooperación. Con el paso de los siglos estas relaciones han evolucionado hasta convertirse en la globalización casi total en la que vivimos actualmente. Fueron Los imperios uno de los medios más tempranos de asegurar los intereses comerciales. Los estados poderosos – desde los romanos hasta los otomanos y los británicos – se sirvieron de la influencia y la fuerza para crear imperios, o "esferas de influencia", coloniales que permitían a sus

comerciantes y fabricantes un acceso seguro a los mercados extranjeros, en muchos casos con carácter exclusivo.

Al decir de Hidalgo de la Vega⁸, M.: *Había en los romanos una verdadera intención globalizadora. Aportaron la mencionada pax romana como un elemento ligado a la globalización.*

En consecuencia, el espacio de la globalización en nuestro siglo puede y debe ser considerado como un espacio pacífico.

Evidentemente, es necesario saber qué significa esta pacificación, cómo ha sido obtenida -lamentablemente, con frecuencia lo ha sido a través de la guerra- y qué representa el dominio, por pacífico que sea, que ella trajo aparejado.

Tal vez se terminaría con los focos de resistencia y la desigualdad y se podría llevar a cabo una convivencia más humana y respetuosa en un planeta interrelacionado.

Bibliografía

BANCALARI MOLINA, Alejandro. 2007. Orbe Romano e Imperio Global. Santiago de Chile, Editorial Universitaria.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI. 2004. ANALES DE DERECHO. Número 22. Universidad de Murcia.

CHAPOT, Víctor. 1928. El Mundo Romano. Síntesis Colectiva XII. La Evolución de la Humanidad. Editorial cervantes. Barcelona

Dendra Médica. Revista de Humanidades 2013;12(2):211-233

FAZIO VENGOA, Hugo. 2003. La Globalización. Artículo publicado en las memorias del seminario internacional *Mitos y realidades de la globalización*. Gustavo Adolfo Puyo Tamayo (editor). Universidad Nacional de Colombia. primera edición. Cosmographiae Universalis, Sebastian Munster, 1550.

8 HIDALGO DE LA VEGA, María José. 2005. Algunas reflexiones sobre los límites del ecumenismo en el Imperio Romano.

FRIEDLAENDER, L. 1947. *La Sociedad Romana. Historia de las costumbres en Roma, desde Augusto hasta los Antoninos*. Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires. *Historia de Roma II. De la Revolución al Imperio*. Editorial Mateu Cromo. S.A. Madrid. Pag. WEB: <http://www.globalizacion.org/opinion/LeGoffCultura.htm>

PLÁCIDO SUÁREZ, Plácido. 2008. *La ecúmene romana: Espacios de integración y exclusión*. Ediciones Universidad de Salamanca Stud. hist. Historia Antigua. N°26. Universidad Complutense. Madrid.

Pag.WEB: www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/Prof.%20Militza%20Montes%20Lopez.doc

Los imperios fueron uno de los medios más tempranos de asegurar los intereses comerciales. Los estados poderosos – desde los romanos hasta los otomanos y los británicos – se sirvieron de la influencia y la fuerza para crear imperios, o “esferas de influencia”, coloniales que permitían a sus comerciantes y fabricantes un acceso seguro a los mercados extranjeros, en muchos casos con carácter exclusivo.

Conceitos jurídicos do direito romano: uma abordagem conectiva para o direito contratual

Legal concepts the roman law: an conect approach to the contractual right

Juliana Barbosa de Sá¹
Kleberson Alves da Silva²

1. Introdução

Sabe-se que os romanos foram exímios juristas, cujo conhecimento se perpetuou ao longo da história das civilizações e se faz presente, hodiernamente, em muitos ordenamentos jurídicos, colaborando no direito civil, no direito internacional, no direito penal, entre outros, a partir da criação e desenvolvimento de inúmeros termos jurídicos basilares para o estudo da ciência do Direito.

Partindo desta assertiva, o presente trabalho pretende abordar a importância dos conceitos jurídicos de Direito Romano para uma efetiva compreensão de alguns dos principais termos empregados no Direito Contratual. Nesse caminho, realizar-se-á, inicialmente, uma abordagem sobre certos aspectos linguísticos, quanto ao latim, que possibilitaram a expressão dos jurisconsultos romanos.

Em seguida, serão expostos alguns comentários sobre o processo de codificação do direito, o qual serviu como instrumento de passagem para que o Direito Romano fosse propagado. Entendidos esses dois pilares, será explanado o objetivo principal do trabalho, que traz a proposta de promover uma análise bibliográfica acerca de alguns dos conceitos jurídicos romanísticos reutilizados hoje no Direito Contratual.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA).

² Graduando em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA).

2. O Latim no texto jurídico

Para compreender os conceitos jurídicos romanos conexos ao ramo do Direito Contratual, faz-se necessário observar, de início, a importância do latim no discurso jurídico, vez que não há de se pensar no Direito apartado da Linguagem. Afinal, foi em Roma, por meio do latim, que os essenciais conceitos jurídicos empregados nos dias de hoje se desenvolveram, contribuindo abundantemente no ensino do direito em sentido amplo, principalmente dentre os países de tradição romano-germânica, no qual o Brasil encontra-se inserido.

Referente a tais conceitos, nada melhor que iniciar com uma análise acerca do termo *Direito*, comumente atrelado ao termo *Justiça*. Conforme a doutrina moderna, esse advém de *jus ou juris*, do radical *justum* e *justitia* – inclusive com representação monumental na Praça dos Três Poderes em Brasília, Distrito Federal brasileiro, que o entendimento popular convencionou chamar de *a estátua da justiça*. Acredita-se que provavelmente a palavra tenha ligação com o sânscrito “iás”, típico recinto sagrado onde se ministrava a justiça (NASCIMENTO, 2002, p. 7). Assim, o termo Direito se remete a *directum* [“dir” de dizer e “rectum” de reto ou rek-to, que mais tarde derivou *rechts* (no alemão), *right* (no inglês), *direito* (no português), *derecho* (no espanhol), *droit* (no francês) etc]. (FERRAZ, 2001, p. 32).

Torna-se relevante compreender, também, os primórdios da língua latina. O latim teve origem entre os habitantes do Lácio, parte central da Península Itálica, sendo composto por uma “miscidialetização” (mistura de dialetos populares), marcada pela constante expansão territorial no período Imperial. Após a morte de Augusto, por volta de XIV d.C., o latim começou a manifestar sinais de decadência, o que levou Ravizza (1940 p. 381), ironizadamente, dizer: “a língua latina que civilizava o mundo, ditando leis e costumes aos povos, vencida por vez pelas línguas vulgares, cessava de ser língua falada, considerada língua morta”.

Mais tarde, com a queda do Império Romano e as sucessivas invasões dos povos germânicos na Europa foi que outras línguas puderam ser originadas do latim como o Francês, Italiano, Espanhol, Romeno e, em especial, o Português. A partir de então, as heranças luso-portuguesas trazidas pelos colonizadores foram sendo inseridas na realidade brasileira, influenciando a escrita – conceitos e números romanos-, bem como os discursos jurídicos posteriores.

Muitos dos conceitos jurídicos atuais utilizam as expressões latinizadas, podendo-se citar alguns: *habeas corpus*, *habeas data*, *ad hoc*, *stricto sensu*, *ex officio*, *vacatio legis*, *juris tantum*, além de termos que contribuíram para o desenvolvi-

mento da política como a conhecemos, tais como *república*, *ditadura*, *senado*, *plebiscito*, *cônsul* e *magistrado*, todos de origem romana.

Portanto, pedagogicamente, é interessante se ter em mente essa ideia, *prima facie*, da linguagem latina no texto jurídico para, posteriormente, discurrir melhor acerca dos seguintes tópicos do trabalho, considerando que ela é exatamente quem encarna o veículo de expressão e de sobrevivência do Direito Romano.

3. A sobrevivência do direito romano por meio do processo de codificação

Tendo em mente as possibilidades trazidas pela linguagem para a transferência dos saberes romanos com o desenrolar dos tempos, seguir-se-á para a análise do processo de codificação do Direito Romano, cujo entendimento será basilar para embasar o entendimento que circunda a esfera dos conceitos jurídicos da Roma Antiga, muitos dos quais são vivenciados contemporaneamente.

Em primeiro plano, deve-se entender que foi com base nos fundamentos do sistema romano-germânico, comumente conhecido por família do “civil law” ou do direito continental foi que a consolidação dos vínculos jurídicos - comerciais, civis ou outros – se tornou efetiva.

Ademais, precisa-se saber a epistemologia do termo Código, originado do latim *caudex* ou *códex*, significando tábua de madeira. Isto porque eram em espécies de tábuas que as primeiras leis eram registradas, como, por exemplo, no *Código de Hamurabi* da antiga região mesopotâmica no Império Babilônico, gravado em uma laje de pedra por volta de 2.000 a. C, bem como as *Leis das XII Tábulas* redigidas em prancha de bronze para concretizar diante dos magistrados patrícios, no ano 452 a. C, as conquistas plebeias até então adquiridas (MEIRA, 1968).

Entretanto, cabe inferir que esses casos são propriamente mais compilações que um código, pois retratam o ledó agrupamento de leis e costumes na forma escrita em um único documento, não tendo a preocupação em seguir uma linha de raciocínio ordenada como no processo de codificação. Semelhante a isso aconteceu com o *Corpus Juris Civilis de Justiniano*, por volta dos anos 529 e 534 d. C, uma, se não a mais conhecida compilação já produzida, na qual se

estendeu um trabalho minucioso de revisão das normas romanas para melhor adapta-las ao novo momento imperial.

Com base nessa proposição, pôde-se notar nos dizeres de Alves (2004) o seguinte entendimento:

No período pós-clássico - o qual abrange o período entre os séculos IV d.C. até 565 d.C., ano da morte do Imperador Justiniano -, compuseram-se compilações de códigos pré-justinianos que abrangiam tanto *leges* quanto *iura*, por exemplo os códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, dos quais o último adquiriu maior importância, governado pelo imperador Teodósio II. Entretanto não passou de uma compilação de constituições imperiais seguido às de Constantino, isso por causa da inexistência de juristas capacitados para a obra.

Para Nader (2009) o código é o conjunto orgânico e sistemático de normas relativas a um abrangente ramo da *ciência jurídica*. Com isso, o autor intenciona elucidar que um código possui uma linguagem propositalmente genérica, estando organizado de modo sistêmico em matérias, seguindo, portanto, um método procedimental próprio com vista a facilitar seu manuseio e sua didática.

Na mesma linha de raciocínio preceitua Dourado (2006, p. 138) quando diz: “código é o conjunto de normas ordenadas de forma sistemática, enumeradas segundo plano predeterminado, que rege matéria jurídica vasta, em regra, correspondente a uma parte do direito”.

Desse modo, a codificação não possui somente a intenção de *unificar o direito*, mas de reunir num só texto jurídico as diversas passagens sobre uma mesma remissão, seguindo uma ordem de interesse e se utilizando de uma linguagem vasta para melhor abranger a totalidade de situações que viriam a ser interpretadas.

Outro sim, um código é comumente ordenado em livros, títulos, capítulos, seções, artigos e incisos; característica esta em voga até os dias hodiernos. De tal modo que se reforça a evocação de duas ideias-chaves da codificação, quais sejam: a *sistematização* e a *ordenação* das normas jurídicas.

A codificação, assim, permitiu não apenas que o Direito Romano se mantivesse reconhecido nos dias de hoje, mas também em conceder sustentáculo para que houvesse a sua propagação globalizada além do ocidente, expandindo o conhecimento do sistema de direito romano-germânico fronteiriço a fora do continente europeu. À exemplo disso, citemos a desenvoltura

histórica do direito brasileiro, que beirado pelas influências luso-ocidentais do período colonial, seguia as “Ordenações do Reino” produzidas em 1603 no reinado de Felipe I. Ademais, como o Brasil ainda não possuía autonomia político-administrativa de seu território, esse se fazia reger pelas “*Ordenações Filipinas*” de Portugal até que a independência fosse declarada e um Código Civil Brasileiro fosse publicado.

Sendo assim, o fenômeno da codificação contribuiu na própria aplicabilidade jurisdicional, visto que os métodos existentes até o momento não estavam sendo suficientes para regulamentar as relações humanas eficientemente. Tornou-se necessário um novo modelo que sistematizasse o direito, elucidando seu significado e tornando eficaz sua *práxis*.

Partindo dessa premissa David (2002, p. 66) expõe:

A codificação liquidará os arcaísmos que muito frequentemente se perpetuaram ao mesmo tempo ela porá fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes, que, muitas vezes, são um obstáculo na prática, e para os quais se tornou impossível, na época, fornecer uma justificação.

Sendo, inclusive, fundamental no acesso do direito às camadas sociais, visto que promessas escritas tendem a ser menos abstratas e ignoradas quanto as meramente faladas. O povo passa a estar servido de um documento concreto e livremente consultável para fazer frente de seus direito à autoridade estatal, inclusive contra os próprios legisladores, embora que alguns aspectos sejam falácias teorizadas.

De todo modo, a estrutura de um *códex* contribuiu não apenas para a coordenação das relações entre o Estado e os sujeitos – relações verticais -, mas inclusive as relações entre particulares – relações horizontais, cujo direito privado representa. No Direito Comercial, pode simplificar as normas sobre a atividade econômica, facilitando as atividades pecuniárias. Para mais, também representa uma nova alternativa de eliminar as lacunas quanto à inexistência de preceitos legais que conferissem validade, eficácia, executóriedade e, sobretudo, segurança jurídica nas *relações obrigacionais, contratuais, de depósito, comodato, penhor, patrimoniais, de compra e venda, de arrendamento, de empréstimo, de hipoteca*, entre tantas outras ideias embrionárias diretamente de Roma, bem como de futuras adaptações promovidas em seus textos jurídicos originários, sabendo-se que muitas dessas posteriormente foram recepcionadas pelo Direito Moderno devido sua relevância, com especial valia ao Direito dos Contratos.

4. Compreensão de alguns conceitos jurídicos romanos recepcionados no direito contratual

Entendidas a linguagem como via de expressão e a codificação como meio instrumental de concretização do texto jurídico romano, torna-se possível avançar para a compreensão de alguns conceitos jurídicos recepcionados no Direito Contratual atual.

Iniciemos pela compreensão do conceito de contrato, originado do latim vulgar *con tractare*, tratar algo com alguém (ROLIM, 2002, p. 217). Em Roma, até o século I depois de Cristo, não existiu uma definição contundente de contrato. Não obstante, o que existia para os romanos era a ideia do *nexum* (espécie de contrato formalista e solene, desaparecido com a promulgação da *Lex Poetelia Papiria*), que não chegava a ser considerado, propriamente, um *contractus*, mas sim, um modo de convencionar uma relação entre um alienante e um devedor. Somente ficando esta definição mais nítida com o alvorecer dos primeiros séculos depois de Cristo, embora quando utilizado o vocábulo *contractus*, ainda assim, não expressava mais que o particípio do verbo *contrahere*, com a ideia de negócio contraído (MEIRA, 1968, p. 319).

Relativamente a concepção de contrato, Sampaio (2014, p. 457) adverte:

Modernamente, entende-se por contrato o negócio jurídico bilateral que tem por finalidade gerar obrigações entre as partes. Sob esse aspecto, portanto, o acordo de vontades a que chegam as partes tem objetivo certo, efeito este antevisto pelas partes que se consubstancia na criação, modificação ou extinção de direitos.

Dessarte, a doutrina jurídica moderna entende o contrato como objeto que configura o negócio jurídico bilateral ou polilateral, que ocorre a luz do princípio da autonomia da vontade, tendo partes com interesses próprios, mas que convergem para criar, extinguir ou modificar uma obrigação (BEVILAQUA, 1934, p. 245).

Para melhor compreender essa relação entre contratos e obrigações, Carlos Roberto Gonçalves (2007) diz que uma obrigação é um vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação". De maneira tal que a definição de obrigações deriva do latim *obligare*, de ligar, unir, obrigar a um compromisso, estando estampada na célebre frase romana "*obligatio est vinculum iuris quo ne-*

cessitatis adstrungimur alienus solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura”, isto é, o vínculo de direito que constrange alguém à necessidade de pagar algo. (COSTA, 2007 apud LEITE, 2016).

Dessa forma, o vínculo jurídico originado dos contratos é considerado como uma fonte dos direitos obrigacionais. Atualmente, adotaram-se como fontes obrigacionais os contratos, as leis, os atos unilaterais, os atos ilícitos e os títulos de crédito. Entretanto, na época romana, apenas eram aceitos os contratos e os delitos.

Tal premissa pode ser ratificada nos escritos de Gaius ao dizer: “A principal divisão das obrigações compreende duas espécies, pois toda a obrigação nasce dum contrato ou dum delito” (JUSTO, 2010).

Dando seguimento à abordagem, existem alguns elementos essenciais que devem compor a forma dos contratos para que eles possuam validade jurídica. Conforme Giffard (1943), na Roma antiga, os contratos necessitavam: a) de um objeto; b) de uma causa e c) do consentimento - *elementa essentialia*.

No Direito Moderno, a recepção mais próxima que houve desse entendimento consta no artigo 104, Código Civil de 2002, que trata dos elementos de um negócio jurídico.

Art. 104: “A validade do negocio jurídico do requer:

I – agente capaz;

II – objeto licito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

Não obstante, devem-se deixar claros os ensinamentos de Alves (1998, p. 108-109), quais sejam:

A noção que os romanos tinham de contrato difere, em muito, da que temos nos dias de hoje. De fato, “durante toda a evolução do direito romano, só se enquadram entre os contratos os acordos de vontade que se destinam a criar relações jurídicas obrigacionais (e não, como no direito moderno, a criar, regular ou extinguir relações jurídicas em geral (...)) Em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gera obrigações: contrato (*contractus*) e pacto (*pactum, conuentió*) eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não”.

Ademais, segundo escritos de GAIUS as “obrigações que nascem de um contrato podem ser contraídas através de “coisas ou por palavras ou documento escrito ou por consenso” (JUSTO, 2010, p. 166).

Nos dizeres das “*Institutas de Justiniano*” (3.13), uma obrigação poderia se originada a partir de quatro formas, pela tradição da coisa (*re*), por palavras (*verbis*), por escrito (*litteris*) ou por consentimento (*consensus*) (MEIRA, 1968, p. 341). Adotando essa linha de raciocínio, a doutrina moderna também estabeleceu uma classificação dos contratos com base em sua causa, dividindo em contratos reais, verbais, literais e contratos *consensuais*.

Nos contratos reais, da *re*, encontram-se presentes os institutos do mútuo (*mutuum*), da fidúcia (*fiducia*), do comodato (*commodatum*), do depósito (*depositum*) e do penhor (*pignus*). Todos eles eram assim classificados, pois possuíam em comum o aspecto obrigacional, cuja relação jurídica tende a recair sobre coisas concretas pesáveis e mensuráveis.

Já quanto aos contratos verbais e literais a diferença diz respeito à maneira procedimental como o contrato é utilizado. As literais se processavam através do *nomina transcripticia*, documento escrito que continha uma declaração da obrigação pactuada, indicando a coisa e os sujeitos nela obrigados, podendo adotar a forma de *expensilatio*, *chirographum* e *syngrapha*. Por outro lado, os contratos verbais eram conhecidos por contrair a obrigação de modo verbal, servindo-se de perguntas e respostas, que podiam ser estipulações certas (*à condictio*) ou incertas (*à actio ex stipulatu*).

A obrigação verbal se efetivava mediante perguntas e respostas: Respondes? Respondo. Prometes? Prometo. Garantes? Garanto. Afianças? Afianço. Darás? Darei. Farás? Farei. “*In hac re olim tália verba tradita fuerunt: Spondes? Spondo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam*” (GALIO, 3.92. 112).

Na alçada dos contratos consensuais salientam-se os de compra e venda, locação, sociedades e mandato. Os romanos entendiam como contratos consensuais, os contratos pautados no consentimento das partes contratantes. (*solo consensu*) e que não envolviam a transferência da propriedade, estando dispostos nas “*Institutas de Justiniano*” (3, 22):

As obrigações se constituem pelo simples consenso das partes na venda, na locação, na sociedade e no mandato. Nesses casos diz-se que se formam pelo simples consenso, porque não se exige escrito, nem a presença das partes. Tais obrigações se firmam mesmo sem dação, bastando o consentimento das partes. Consequentemente, se efetivam também entre ausentes, através de cartas ou intermediários e se apreciam segundo

a equidade. Nas obrigações verbais, ao contrário, um dos contratantes estipula e outro promete (MEIRA, 1968).

Os contratos de compra e venda romano se caracterizavam pela obrigação que o vendedor tinha de transmitir a posse (*jus utendi*) e o direito de gozo (*jus fruendi*) de certa coisa ao comprador. Mediante o pagamento de certo preço, podendo ser comprovado tal contrato através de um sinal (*arrhas*). O que era dado a título de sinal servia apenas para provar que o contrato se realizou (Gaio 3,129).

Constata-se a remissão do legislador frente a essa concepção no caput do artigo 481 do Código Civil de 2002, quando indexa o seguinte:

Artigo 481, CC: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Quanto à locação (*locatio- conductio*), a cultura romana via esse instituto como uma relação consensual entre o locador e condutor, na qual o locador se obrigava ao condutor. Podendo está se dá de três formas, sendo elas referente às coisas (*locatio rei*) a que se reportava ao aluguel (*merces*) da coisa, a prestação de um serviço (*locatio operarum*), que se configurava como um contrato de trabalho e a relativa empreitada (*locatio operis faciendi*) que se apresentava como um contrato de execução a determinado trabalho.

Na cultura romana, outra forma de contrato consensual empregado eram os contratos de sociedade (*societas*), o qual previa a contribuição de todos os sócios com os meios recursos a ele provenientes na busca de um fim comum: o lucro, cabendo ressaltar que tanto os lucros quanto as perdas eram partilhados entre os todos os sócios. Tal contrato deveria possuir *affectio societatis* que consiste na afinidade de contribuir com os recursos disponíveis em prol do lucro. Esse dispositivo contratual teve sua gênese nas famílias romanas sob a égide do pai (*pater*), que permitia o uso comum dos seus bens por seus filhos.

Aliás, é possível constatar algumas semelhanças entre esse contrato de sociedade (*societas*) romano e nosso ordenamento jurídico, conforme dispõem o artigo 981 do Código Civil de 2002:

Artigo 981, CC: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

Já sobre o mandato romano é importante esclarecer que esse consistia em uma relação contratual entre um sujeito mandante (*mandans*) e um sujeito mandatário (*procurator*), na qual o mandante atribuía poderes ao procurador para que ele pudesse gerir ações em seu nome. Esse conceito jurídico é utilizado até beirados recentes, sendo de grande valia no exercício e ensino do Direito Contratual, bem como para discursões externas a ele.

5. Conclusão

Mediante o exposto, percebe-se relevante buscar compreender os conceitos jurídicos romanos para uma melhor análise do Direito Contratual, influenciando inclusive na sua futura aplicação prática. Além do mais, o estudo desse ramo específico do direito permitiu encontrar diversos termos de origem latina que carregam, junto com seu conceito, o entendimento acerca de suas características e funcionalidades, como nos conceitos de *contractus*, *consensus*, *res*, *jus*, entre muitos outros presentes não apenas na realidade de um jurista, mas também na realidade de todo o cidadão, vez os conceitos jurídicos romanos traçam questões políticas em sentido geral.

Sob essa perspectiva, o estudo da linguagem latina, bem como do processo de codificação do Direito Romano, foram passos fundamentais para a compreensão desses conceitos contratuais romanísticos, pois em termos mínimos, o Direito somente poder ser efetivamente conhecido conjuntamente à linguagem, assim também ele somente pôde ser concretizado nos dias atuais por conta de uma base histórica que tange aos fenômenos, como o da codificação, que permitiram sua repercussão.

Nesse sentido, a proposta do trabalho se conclui com a célebre frase do professor Cretella Júnior, ao afirmar que “Roma foi um imenso laboratório do Direito”, presumindo, então, a importância dos conceitos jurídicos construídos na época para uma efetiva compreensão de alguns dos principais termos empregados no Direito Contratual hodierno.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 4. ed - Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1934.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 27ª Edição, p. 09.
- DAVID, René. **Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 1. ed – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.
- FAZZIO, Junior Waldo. **Manual de comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIFFARD, A.E. **“Précis de Droit Romain”**. 2. 2d – Paris: Faculdade de Direito de Paris, 1934.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo. 14 ed – Editora Saraiva, 2016
- JUSTO, Santos. **Breviário de Direito Privado Romano**. 1. ed – Coimbra: Coimbra Editora, outubro de 2010
- MEIRA, Silvio Augusto de Bastos. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed – São Paulo: Editor Max Limonad, 1968.
- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROLIM, Luiz Antônio. **Instituições de Direito Romano**. 2.ed - Rev – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A origem romana do direito recuperacional: o concurso de credores no direito romano e no direito brasileiro

Maria Vital da Rocha¹

Eliza Cristina Gonçalves Dias²

1. Introdução

O tratamento dado ao devedor no decorrer da história evoluiu significativamente, parte-se, no presente trabalho, de uma responsabilização pessoal do devedor até a modificação de tratamento legislativo em que se reconhece o patrimônio do devedor como responsável por seus débitos.

Ambiciona-se encontrar no direito romano a raiz histórica do direito recuperacional, analisando-se os mecanismos presentes naquele ordenamento para viabilizar o restabelecimento do devedor que se encontrava num estado de dificuldade financeira.

A preocupação com o adimplemento das obrigações diante de um estado de insolvência do seu devedor não é atual, desde o período clássico do Direito Romano se autorizava a tentativa de acordo entre as partes para o cumprimento da obrigação, ainda que por um valor menor do que foi anteriormente pactuado, diante de um patrimônio deficitário.

A previsão romana de acordo entre as partes foi uma evolução das soluções de conflitos trazidas por aquele direito, uma vez que na Lei das XII Tábuas previa o instituto do *manus injectio* em que a garantia da dívida era o corpo do de-

1 Pós Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica); Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, lecionando na graduação e no programa de pós graduação stricto sensu (mestrado e doutorado); Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade 7 de Setembro; Procuradora Federal.

2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Graduada em Direito pela Faculdade 7 de Setembro; Advogada. Professora de Direito Romano e Direito Empresarial na Faculdade 7 de Setembro.

vedor que podia ser escravizado pelo credor, vendido para outrem como escravo ou até cortado em partes diante de uma pluralidade de credores, muito embora não exista relatos históricos que comprovem a utilização desta última medida.

Para além da preocupação com o credor e de que formas ele teria seus créditos saldados, quer-se buscar tanto na legislação e doutrina romana quanto na brasileira, a solução que possui um devedor ao se deparar com uma pluralidade de credores de um lado e de outro com um patrimônio insuficiente para satisfazer os débitos contraídos com aqueles.

Abordar-se-á, especialmente, a crise econômico-financeira do empresário e as soluções trazidas pelo direito para viabilizar a continuidade da atividade empresarial, embora a noção de empresa e a autonomia do direito comercial, nos moldes contemporâneos, ainda não fossem acolhidos pelos romanos, uma vez que as regras de direito civil e comercial eram tratadas de maneira uniforme, como se tivessem conteúdo homogêneo.

Diante desta ressalva, será analisada a gênese da recuperação de empresas, por meio de acordos entre o devedor empresário e seus credores, ainda que usando como fundamento um instituto previsto no direito romano para uma situação distinta, a do concurso de credores do *de cuius* e o acordo entre o herdeiro e esses credores para o adimplemento das obrigações do defunto, já que o patrimônio herdado era insuficiente para saldar as dívidas hereditárias.

2. O direito sucessório romano: os tipos de herdeiros e a responsabilidade quanto aos débitos hereditários

Como já mencionado, o instituto do *pactum ut minus solvatur* era utilizado no âmbito do direito sucessório romano. Tal instituto, criado no direito clássico, surgiu como uma tentativa de limitar a responsabilidade ilimitada dos herdeiros pelos débitos hereditários.

A concepção acerca da sucessão em Roma era muito mais ampla do que o simples ato de transmissão de bens do *de cuius* para os seus herdeiros. Como retrata Coulanges³, o herdeiro era responsável pela continuação da família, portanto,

3 COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.61.

com a transmissão da herança havia a manutenção do culto familiar e da propriedade que pertencia a este núcleo social, não era uma mera questão patrimonial.

Diferente do que se tem no direito brasileiro em que os herdeiros sucedem o de cujus em relação aos direitos e às obrigações até o limite das forças da herança⁴, no direito antigo e clássico romano, o herdeiro sucedia de maneira universal, *ultra vires hereditatis*, ou seja, além das forças da herança.

Desta forma, cabia ao herdeiro, além da continuidade do culto familiar, e da própria família, prezar pela integridade da honra do defunto. Então, ao suceder o morto em direitos e em obrigações, o herdeiro devia satisfazer todas as dívidas daquele, ainda que para isso tivesse que utilizar seus bens particulares, sob pena de *infamia* à honra do morto.

A posição ocupada pelo herdeiro era a mesma que ocupava o *de cujus* diante dos credores, ou seja, adentrava na mesma situação jurídico-patrimonial do defunto, o que estimulava a não aceitação da herança ou a sua rejeição. Embora, inicialmente o direito romano não contemplasse a não adição do patrimônio hereditário, essas situações serão melhor compreendidas por meio da análise da legitimidade sucessória passiva, ou seja, das diferentes espécies de herdeiros encontrados nas fontes romanas.

2.1. Das diferentes espécies de herdeiros

A determinação das espécies de herdeiros é encontrada nas *Institutas*, livro 2, Título XIX, em que se lê: “*Haeredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei*”⁵

Necessarius haeres era o escravo que fora instituído herdeiro, ele é assim chamado porque quer queria quer não se tornava livre e herdeiro a partir da morte do testador, nas *institutas* há ironicamente a determinação de que quem desconfiava de suas posses costumava instituir escravo como herdeiro para que os credores adentrassem inicialmente no patrimônio do liberto e só depois que

4 Previsão que também existiu em Roma, mas já no período derradeiro daquele direito, por meio de uma constituição de Justiniano.

5 “Os herdeiros são chamados necessários, seus e necessários e estranhos”. RODRIGUES, A. Coelho. **Institutas do Imperador Justiniano**. Vertidas do Latim para o Portuguez. Recife: Typographia mercantil, 1879. p.138.

alienassem, tomassem e distribuíssem entre eles os bens do herdeiro é que buscariam o patrimônio do testador.

“*Sui autem et necessarij haeres sunt*”, também chamados de *sui heredes* ou *heres suus et necessarius*, eram filhos, filhas, netos, neta e os demais descendentes que ao tempo da morte do ascendente estavam sob seu poder⁶ e, ainda, os que estivessem sob a *manus* de *de cuius* se este ainda estivesse vivo.

Os netos só seriam herdeiros necessários se os seus pais ao tempo da morte do avô não estivessem mais submetidos ao seu poder, seja porque já tinham morrido, seja porque tinham sido emancipados, nessa situação o neto ou a neta sucederia no lugar do pai. O parentesco que atribuía a qualidade de *sui heredes* era o parentesco por agnação, razão pela qual os emancipados perdiam a qualidade de herdeiros.

Os descendentes eram chamados de herdeiros seus porque eram de casa e, ainda que alguém morresse sem testamento – *ab intestado* –, os descendentes seriam chamados em primeiro lugar à sucessão do ascendente.

Por fim, os herdeiros *extranei* ou estranhos eram aqueles que não estavam sujeitos ao poder do testador. Eram herdeiros estranhos: os descendentes que não estivessem submetidos ao poder do defunto à época de sua morte e que tivessem sido instituídos herdeiros, os filhos instituídos herdeiros pela mãe, assim como o escravo que fora liberto pelo senhor após a feitura do testamento.

A aquisição da herança pelos diferentes tipos de herdeiros era distinta, a obtenção da herança pelos herdeiros seus e necessários e pelos herdeiros necessários⁷ era, inicialmente, automática fosse a herança legítima ou testamentária, no caso do primeiro ou herança testamentária, em se tratando do segundo, já que o escravo só herdava por meio de testamento. Estes não podiam renunciar a herança e, diante de uma *hereditas damnosa*, em que o ativo fosse inferior ao passivo, o herdeiro seria levado à falência.

A situação destes herdeiros foi modificada ao término da república, uma vez que ao herdeiro seu e necessário foi facultado pelo pretor o direito de abster-se (*ius abstendi*) diante de uma herança suspeita. Nesta circunstância, os credores se apossavam dos bens na qualidade de pertencentes ao ascendente e não aos herdeiros e, “os credores do de *cuius*, para se pagarem, podiam proceder à venda dos bens hereditários (*bonorum uenditio*), a qual, porém, se fazia em nome do

6 Idem. p. 139.

7 *Heres sui et necessarij* e os *heredes necessarij*.

falecido e não do *heres suus et necessarius*, que, dessa forma, se livrava de incidir da *infamia* decorrente da *bonorum uenditio*⁸.

Já ao *heredes necessari* o benefício concedido pelo pretor foi distinto, não podia o escravo liberto por testamento abster-se da herança, entretanto, era possível o *beneficium separationis* (benefício da separação), razão pela qual os bens hereditários seriam vendidos em nome do herdeiro, e a *infamia* recairia sobre ele, mas a eles era dado o direito de conservar para si os bens adquiridos após a concessão da liberdade, ainda que os bens do defunto não fossem suficientes para solver todos os débitos.

Era comum que o testador desconfiado de seu patrimônio instituísse o escravo herdeiro visando preservar sua honra da *infamia*, já que ficaria o escravo com a imagem abalada e não o defunto.

Os herdeiros estranhos (*heres extraneus*), como já mencionado, tinham liberdade plena para aceitar ou *repudiare hereditatem* (rejeitar a herança), mas, se aceitassem, não podiam renunciá-la, exceto os menores de 25 anos que eram protegidos pelo pretor. Então, uma vez aceita uma herança danosa, com excesso de dívidas desconhecidas pelo herdeiro, este não poderia imiscuir-se de sua responsabilidade perante os credores do defunto.

Entretanto, merece a ressalva, que o Imperador Adriano permitiu a um maior de 25 anos que renunciasse posteriormente a uma herança que depois da adição surgiu enormes dívidas, antes ignoradas. Relata-se que o ocorrido foi um favor concedido por Adriano e que Gordiano concedeu semelhante benefício, apenas, aos militares⁹.

Não se pode ignorar que Justiniano modificou todo o tratamento dado ao herdeiro e à herança, no decorrer do direito antigo e clássico romano, quando determinou por meio de uma constituição imperial de sua autoria que aos herdeiros era permitido aceitar a herança e obrigarem-se, apenas, quanto ao valor delas, este instituto ficou conhecido como benefício do inventário.

8 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.769.

9 Rodrigues, op.cit. p.141 e 142.

2.2. Soluções apresentadas pelo direito romano aos credores do morto diante da possibilidade de um herdeiro insolvente não solver os débitos do *de cuius*

A transmissão do patrimônio do *de cuius* aos herdeiros podia trazer consequências nefastas para os herdeiros e para os credores, inicialmente, serão analisados os efeitos negativos aos credores e os meios de defesa destes em face do herdeiro.

A herança danosa com o passivo superior ao ativo é a circunstância que tem maior importância para o presente estudo, no entanto, era possível também que o prejuízo aos credores decorresse de atos dos herdeiros e não do defunto.

Primeiramente, como a adição da herança fazia com que os direitos e obrigações do herdeiro e do morto se confundissem, tornando uma universalidade, já que com a adição da herança se teria uma nova massa patrimonial, a do herdeiro, formada por seu patrimônio e pelos bens herdados.

Se o herdeiro tivesse inúmeras dívidas, o patrimônio hereditário seria utilizado para honrá-las, o que acarretava uma situação desvantajosa para os credores hereditários.

Em virtude disso, o pretor concedeu a *separatio bonorum* aos credores da herança, com essa separação evitava-se a concorrência de credores do *de cuius* com os credores do herdeiro, aqueles receberiam como se seu devedor estivesse vivo e após seu pagamento integral é que os credores do herdeiro teriam seus créditos satisfeitos, esse favor só podia ser requerido pelos credores do defunto.

Existe uma divergência entre os autores se os credores que se utilizassem desse remédio preventivo perdiam ou não o direito de ingressar posteriormente nos bens do herdeiro se o patrimônio do morto não fosse suficiente para saldar suas dívidas, Ulpiano e Paulo prescrevem a impossibilidade, já para Papiniano, ainda que obtida *separatio bonorum*, os credores do morto podiam ir contra os bens do herdeiro depois que este pagasse seus credores pessoais¹⁰.

Outro benefício pretoriano aos credores da herança era o *satisfactio suspecti heredis*, tratava-se de garantia – caução – prestada pelo herdeiro aos credores diante da suspeita de que o herdeiro dilapidaria o patrimônio herdado antes de honrar os débitos hereditários, essa caução era requerida pelos credores ao pretor, que obrigaria o herdeiro a prestá-la, havendo recusa do herdeiro em prestar

¹⁰ Alves, op cit. p.783.

a *satisfactio* (garantia), “o pretor iniciava contra ele o processo executório, concedendo aos credores, de início, a *missio in possessionem* dos bens hereditários, e permitindo, depois, a *bonarum uenditio*”¹¹.

Outros recursos eram disponibilizados pelo direito romano aos credores, que mais visavam não prejudicar o herdeiro, mas que por consequência também eram benéficos aos credores, uma vez que o processo de execução era lento e muitas vezes trazia mais percalços do que vantagens aos credores.

2.3. Remédios preventivos aos herdeiros: o *aditio mandatu creditorum* e o *pactum ut minus solvator*.

O mandato para aceitar a herança e o pacto de solver por menos, antecipar-se, ainda que remédios anteriores à aceitação da herança e benéficos ao herdeiro, tinham como inconveniente a necessidade de anuência dos credores¹².

O *aditio mandatu creditorum* consistia num mandato outorgado ao herdeiro para que este aceitasse a herança, concedendo no mesmo instrumento redução dos créditos à um valor acordado ou às forças da herança, na qualidade de mandatário na execução da aceitação da herança, não cabia ao herdeiro as consequências danosas desta advindas e sim aos mandantes (credores), a vantagem decorrente deste mandato era a de que se o herdeiro “fosse compelido a pagar integralmente os débitos hereditários, o herdeiro, com fundamento no *mandatum adeundae hereditatis*, poderia exigir deles a restituição de quanto houvesse pago *ultra vires hereditatis*; o excedente representaria o *quantum* do dano sofrido pela execução do mandato.”¹³

As desvantagens apresentadas pelo instituto ao herdeiro são a de que a ação para reparação do dano sofrido pelo herdeiro só podia se intentada após o seu prejuízo, ou seja, após ser demandado pelo credor pela totalidade do crédito e se ver obrigado a pagar o débito por inteiro aos credores, a segunda desvantagem é a impossibilidade de o mandato vincular um credor ausente ou dissidente, como é possível no *pactum*

11 Idem.

12 Ainda que não fosse essencial a concordância da totalidade dos credores, com ocorria no *pactum ut minus solvator*.

13 MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Concurso de Credores e pactum ut minus solvatur*. 2.ed. Lecce: Edizioni del Grifo, 1999, p. 20.

ut minus solvator, essa impossibilidade decorre da própria essência do mandato que precisa de uma exteriorização de vontade do mandate para surtir efeitos.

Mas, o herdeiro poderia demandar os credores mandantes para destes receber o ressarcimento da quantia paga a mais ao credor que não aderiu ao mandato.

Já o *pactum ut minus solvator* era a maneira mais segura de desobrigar o herdeiro dos infortúnios decorrentes da aceitação de uma herança danosa ou suspeita de possuir ativo inferior ao passivo. A estabilidade e segurança oferecida por esse pacto era maior pois era condição de validade do mesmo a homologação pelo pretor.

Este instituto, embora afeito ao direito sucessório, impacta outros ramos do direito como o direito das obrigações e o direito falimentar. A influência no direito das obrigações decorre do fato de ser uma exceção ao princípio do pagamento integral da obrigação, *solutio eius quod debetur*¹⁴.

No que tange ao direito falimentar, o *pactum ut minus solvator* revela-se como origem da concordata, como preceitua Marchi:

[...]diante de uma herança seguramente gravosa (*damnosa*), ou, pelo menos, *suspecta*, podia o herdeiro – *extraneus, suus et necessarius* ou *necessarius tantum* - isto é, com maior precisão, o chamado à herança (*delatus*), subordinar a sua aceitação (*aditio* ou *imixtio*) ao ajuste com os credores hereditários de uma espécie de concordata preventiva judicial: o *pactum ut minus solvatur*.

Reunidos em juízo os credores hereditário - ainda de acordo com o quadro presente na Compilação –, caso a maior parte deles (*maior pars creditorum*: princípio da maioria) acolhesse a proposta de redução proporcional do créditos (suficiente para evitar a execução concursal), o pretor, por meio de um *decretum*, homologava tal pacto¹⁵.

Atualmente, como será analisado, a legislação que regula a falência e recuperação de empresas no Direito Brasileiro não mais prevê a figura da concordata e, o pacto de solver por menos seria mais próximo da recuperação extrajudicial.

Retornando ao direito sucessório romano, o pacto de solver por menos era uma imposição feita pelo herdeiro que condicionava a aceitação da herança à

14 Gai. 3, 168 e Int. 3, 29.

15 Idem, pp.41 e 42.

celebração de um acordo com os credores de concessão de remissão parcial dos débitos hereditários.

Reunidos os credores hereditários, se a maior parte deles acolhesse a proposta de reduzir parte dos créditos, o pretor homologava o acordo. A maioria dos credores era calculada de acordo com o montante do crédito e não em relação ao número de credores.

Marchi considera que o pacto é vantajoso para credores e herdeiro e apresenta duas utilidades práticas ao instituto, a primeira seria para os herdeiros já que afastaria a responsabilidade *ultra vires hereditatis* deste ou, a consequente não aceitação da herança por receio dos riscos decorrentes do patrimônio deficitário, esta não aceitação acarretava a execução deste patrimônio, sem herdeiro, e na cominação da pena de infâmia à honra do *de cuius*¹⁶, consequências indesejadas pelo herdeiro que não almejava que a memória de seu ascendente ou benfeitor fosse maculada.

A outra vantagem apresentada pelo instituto seria mais direcionada aos credores, já que uma vez celebrado o pacto, não haveria a execução do patrimônio, com isso evitava-se o processo executivo concursal.

Ainda que o *pactum ut minus solvator* representasse remissão parcial da dívida, aos credores era “possível, pelos menos, receber, com maior rapidez, um pagamento parcial, evitando-se sujeitar-se à futura, incerta e duvidosa *bonorum emptor*. Essa satisfação parcial, poderia, inclusive, proporcionar até mesmo mais que do que eventualmente obteriam os credores mediante a execução forçada”¹⁷.

Se os credores ignorassem o acordo e ingressassem em juízo cobrando do herdeiro o total da dívida, o pretor colocava a disposição deste uma *exceptio pacti* que acarretaria na sua absolvição ou, ainda, na sua condenação, mas dentro do limite do acordado no pacto.

O interessante era que diante do descumprimento do pacto e ingresso em juízo, os credores hereditários perdiam o direito de ingressar com a ação de cobrança, ainda que o fizessem pelo valor acordado. Desta forma, os credores perdiam tanto o valor pleiteado em excesso como a totalidade do crédito ajustado no *pactum ut minus solvator*.

Urge salientar que a razão preponderante que impulsionava herdeiro a celebrar o pacto era a preservação da honra do *de cuius*, finalidade estritamente

¹⁶ Idem, p.44.

¹⁷ Marchi, op. cit. p.45.

moral, razão pela qual, como já mencionou-se, sobreleva-se que a sucessão em Roma não era uma temática estritamente patrimonial.

Tanto o herdeiro estranho como o herdeiro seu e necessário, buscavam, com a celebração do acordo de remissão, manter imaculada a imagem do defunto, embora aquele último, também temesse por sua própria honra, já que procurando proteger o de cujus da infâmia, poderia ele próprio terminar suportando a infâmia diante de uma situação de insolvência.

Já em se tratando de herdeiro necessário, aquele escravo instituído herdeiro e consequentemente liberto por meio do testamento, a fama que estava em questão era a do escravo-herdeiro, uma vez que ele não tinha a opção de não aceitar a herança.

A relevância do *pactum ut minus solvator* tornou-se diminuta ou até inexistente com a criação do *beneficium inventarii*. Tal benefício era concedido ao herdeiro independente da vontade do credor que restringia sua responsabilidade às forças da herança e, com isso, não havia a confusão do patrimônio do herdeiro e do patrimônio do defunto¹⁸.

3. Direito recuperacional brasileiro: da concordata à recuperação de empresas

O direito falimentar e recuperacional visa estabelecer regras para o pagamento dos débitos do devedor empresário, em se tratando da falência, não há a possibilidade de continuação da atividade empresarial pelo devedor, trata-se de estado grave de insolvência, e a legislação buscará, primordialmente, atender os interesses dos credores.

Entretanto, é possível que ainda que atravessando uma situação de crise, o devedor ainda tenha condições de continuar a atividade empresarial e, na tentativa de solucionar o estado de crise do empresário, a legislação brasileira previa a concordata, que era um acordo entre os credores e o devedor. Sua efetivação dependia da

18 “Para isso, fazia, com a assistência de um notário (*tabularius*), o inventário dos bens que compunham a herança. Esse inventário, que podia ser elaborado pessoalmente pelo herdeiro ou por meio de procurador, devia iniciar-se dentro de 30 dias a partir da abertura do testamento ou da delação da sucessão *ab intestato*, e terminar nos 60 dias seguintes, ou – se a maior parte dos bens hereditários não se encontrasse no lugar que residia o herdeiro – em um ano. Feito o inventário, os credores do de cujus e os legatários eram pagos pelo herdeiro (que, para tanto, ia vendendo os bens hereditários), na ordem de apresentação, já que não se estabelecia concurso entre eles. Moreira Alves, op. cit. p. 784.

livre manifestação da vontade dos credores, por deliberação da maioria, através de um *quorum* de votação e, ao juiz cabia, simplesmente, a homologar o acordo.

Em virtude das semelhanças na formalização da concordata e do *pactum ut minus solvator*, muitos dos comercialistas remontam ao direito romano a raiz da concordata.

A concordata foi retirada do direito brasileiro com o advento da lei 11.101 de 2005, a lei de falência e recuperação de empresas, em seu lugar a lei prevê o instituto da recuperação de empresas, embora não exista mais a concordata no direito brasileiro, o presente estudo quer demonstrar que o pacto de solver por menos continua influenciando a legislação falimentar, em especial, nas mesmas condições do pacto e da concordata, na tentativa de evitar uma execução concursal do patrimônio do devedor.

A recuperação de empresas ambiciona conceder meios ao devedor para superar a crise econômico financeira, neste instituto o que está em jogo não é mais a honra do devedor (e do *de cujus*), mas a função social da empresa, o fechamento de empresas acarreta um impacto social negativo para os trabalhadores, que perderão seus empregos, para os consumidores, com a diminuição da concorrência e por consequência, o aumento dos preços, para o Estado que deixará de arrecadar tributos daquela fonte geradora de renda e, por fim, dos fornecedores envolvidos na cadeia produtiva empresarial, que perderão um contratante.

A lei 11.101 de 2005 na tentativa de evitar todo esse impacto negativo decorrente da falência e da dissolução de uma empresa e visando cumprir a função social das empresas, estabeleceu duas espécies de recuperação de empresas, a primeira delas é a recuperação judicial que tem seu procedimento todo desenvolvido em juízo, com a presença do juiz, do Ministério público, dos credores, de um administrador judicial e do próprio devedor.

Trata-se de procedimento mais complexo, em que o devedor tem que apresentar um plano de recuperação a ser aprovado pelos credores e que pode adotar neste plano uma série de providências para viabilizar a continuidade¹⁹ da

19 Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade

atividade empresarial, exigência que faz com que essa modalidade de recuperação de empresas seja bem distinta do *pactum ut minus solvator*.

A lei estabelece a possibilidade de que credores e devedores celebrem pactos privados com a finalidade de evitar a falência do empresário ou da sociedade empresária, ainda que de forma deslocada, merece a ressalva que o direito romano também permitia acordos individuais entre o herdeiro e os credores para o cumprimento das obrigações hereditárias, *pacta de non petendo* particiais.

Entretanto, para vincular os dissidentes, tanto no pacto de solver por menos, que era um acordo de maioria homologado pelo pretor, como na recuperação extrajudicial é necessário que se leve à juízo para homologação.

A recuperação extrajudicial assemelha-se ao pacto em virtude do procedimento e das formalidades adotadas para sua formalização, embora possa estabelecer outros meios de recuperação que não apenas a remissão parcial de dívidas, embora seja possível que os credores e o devedor acordem nesse sentido.

4. Conclusão

Nesse breve estudo acerca do tratamento dado ao devedor, percebeu-se que o devedor que era inicialmente responsável de maneira pessoal por suas dívidas, teve um tratamento jurídico mais favorecido com o passar dos anos, ainda que no direito romano.

Observou-se que a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas do *de cuius* era, no direito antigo e clássico, bem ampla, uma vez que o herdeiro sucedia o defunto na posição ocupada por este nas relações jurídico-patrimoniais, e em

constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor. § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia. § 2º Nos créditos em moeda estrangeira, a variação cambial será conservada como parâmetro de indexação da correspondente obrigação e só poderá ser afastada se o credor titular do respectivo crédito aprovar expressamente previsão diversa no plano de recuperação judicial.

virtude disso o *pactum ut minus solvatur* ganhou importância como um limitador da responsabilidade ilimitada do herdeiro pelas dívidas hereditárias.

Este instituto era um acordo feito pelo herdeiro com os credores, e aprovado pelo pretor, com o intuito de conceder ao herdeiro abatimento da dívida e em troca ele honraria com a parte da dívida hereditária acordada.

Se a maioria dos credores concordassem com a remissão de parte da dívida e o pretor homologasse, o acordo vincularia a minoria discordante.

Buscou-se, ainda que diante das ressalvas acerca da diferença dos institutos e da área de aplicação dos mesmos, no *pactum ut minus solvatur* a possível origem do instituto da recuperação de empresas, uma vez que já se falava da semelhança com a concordata, instituto antecessor da recuperação de empresas e que tinha a mesma finalidade de continuação da atividade empresarial.

Deve-se levar em consideração que ambos institutos são utilizados em situação de crise, no direito romano, como um benefício ao herdeiro que se separasse com uma herança danosa e no direito brasileiro, como um benefício ao empresário ou sociedade empresária que deseje se restabelecer diante da iminência de uma insolvência.

Diante de todo o exposto, pôde-se, portanto, perceber que o procedimento do pacto de solver por menos assemelha-se ao da recuperação extrajudicial homologada em juízo, levando-se a conclusão final de que o *pactum ut minus solvatur* é o precedente histórico da recuperação de empresas.

Referências

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm, consultado em 15 de maio de 2016.

CASTRO CORRÊA, Alexandre A de. **Existiu em Roma Direito Comercial?**

DE LOS RÍOS, Manuel Camacho. **"Promissio Indemnitis"**. *Revista de estudios histórico-jurídicos*. no.35. Valparaíso: Novembro 2013

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GUTIERREZ, Ricardo Panero. **Derecho Romano**. 2.ed. Valencia: Tirant lo blach libros, 2000.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Concurso de Credores e pactum ut minus solvatur**. 2.ed. Lecce: Edizioni del Grifo, 1999.

MARTÍNEZ, Jesús Daza; ENNES, Luis Rodríguez. **Instituciones de Derecho Privado Romano**. 4. Ed. Valencia: Tirant lo blach libros, 2009.

MENEZES,

ROCCO, Alfredo. **Il concordato nel fallimento e prima del fallimento**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902.

RODRIGUES, A. Coelho. **Institutas do Imperador Justiniano**. Vertidas do Latim para o Portuguez. Recife: Typographia mercantil, 1879.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano**. 3. Ed. Fortaleza: FA7, 2007.

Reflexões sobre direitos humanos

Ernane Malato

1. Os Direitos Humanos e o Estado

O Estado como representação de objetivos sociais, a *res pública* na concepção de Kant é o principal agente de proteção aos Direitos Humanos, contudo, propriamente dito é identicamente o principal violador desses mesmos direitos, na medida em que atenta contra o Princípio da Dignidade do Ser Humano submetendo este a violações institucionais.

Conforme o artigo 1º, inciso III, da atual Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana se constitui como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tendo, ainda, por força do artigo 3º, inciso III, como objetivo, a erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades regionais e sociais.

O mínimo existencial, assegurado pela Constituição Federal da República, é um direito fundamental independente de concessão legal, distinto dos direitos econômicos e sociais que são previstos em normas constitucionais programáticas, sujeitos à lei que os estabeleçam e à reserva do possível através de dotações orçamentárias que os viabilizem.

O Estado financeiro tem por vocação reduzir desigualdades sociais e garantir condições de sobrevivência, com a entrega de serviços públicos que o contribuinte paga através de impostos, por exemplo, nas áreas voltadas para a saúde e para a educação, obrigado a buscar o equilíbrio orçamentário entre receitas e despesas.

As Constituições modernas são dotadas de normas de eficácia imediata e possuem o poder de tomar decisões políticas fundamentais, com o estabelecimento de objetivos que devem ser buscados pelo Estado, independentemente de quem ou de qual partido esteja no poder.

Nesse sentido, o mínimo existencial representa a parcela imprescindível que cada pessoa precisa para sobreviver, envolvendo salário, moradia, saúde, educa-

ção, transportes, saneamento que devem ser garantidos pelo Estado através de projetos e programas que atendam às necessidade do povo.

De acordo com o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, o **mínimo existencial** representa o conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida com dignidade, indo além da noção do mínimo vital, devendo estar, primordialmente, na consciência e na responsabilidade de quem se dispõe a governar.

A maior finalidade do poder constituído é o levantamento e a aplicação de recursos a fim de garantir o mínimo existencial em compensação aos tributos e impostos tirados do povo, devendo, assim, ser observado, tanto pela União como por cada Estado Membro, objetivando o desenvolvimento da Nação conforme determina a Constituição Federal.

A democracia não se caracteriza apenas pela escolha periódica de governantes, mas pela adoção de valores e medidas que lhes são fundamentais, por exemplo: solidariedade, igualdade e fraternidade, assim como: verdade, honestidade e eficiência, como temperos da democracia, com os quais o convive e se desenvolve o mínimo existencial.

Um dos principais objetivos da atual Carta Magna consiste em promover o bem-estar de todos, assegurando a dignidade da pessoa humana, enfatizando, além da garantia dos direitos individuais, o acesso às condições materiais mínimas de existência.

O que nos parece é que o Estado cada vez mais se descarateriza pregando proteção a Direitos Humanos que inclui a erradicação das desigualdades, sendo o primeiro que descaracteriza a existência do cidadão com algumas condições desumanas estabelecidas como a falta de qualidade de vida do cidadão brasileiro.

2. A emenda 45 e os direitos humanos

A Federalização da Competência para crimes contra Direitos Humanos, criada pela Emenda Constitucional 45/2004, representa um marco no direito brasileiro, delineando nova dimensão de paradigmas como o da autonomia do Estado e o do Princípio do Juiz Natural. Contudo, entendo que seria melhor acontecer a partir da definição desses crimes e diante de erro ou inércia do Estado membro.

Assim estabelecido, representa um instrumento político-jurídico de natureza processual penal objetiva, que admite processamento cível, destinado a assegurar a efetividade da prestação jurisdicional em casos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Garante um dos maiores fundamentos da República Federativa que é a Dignidade da Pessoa, contida no artigo 1º, III, da Constituição Federal, preservando um dos princípios norteadores do país no âmbito das relações internacionais e no direito interno, que é a prevalência dos Direitos Humanos, contida no artigo 4º, II, da Constituição Federal.

Preserva a responsabilidade internacional do Brasil perante as cortes e organismos internacionais, a exemplo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos e do próprio Tribunal Penal Internacional.

Realiza a efetiva proteção aos direitos humanos no âmbito do território nacional, a par da internacionalização do direito humanitário e das obrigações derivadas de inúmeras convenções universais firmadas pelo Brasil, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José, 1969); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); o recente Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças e as Convenções da ONU contra a tortura e para a eliminação de todas as formas de discriminação racial.

Abriga perfeitamente a federalização no âmbito do direito civil, uma vez que o §5º, do art. 109 da Constituição Federal da República prevê o inquérito de modo genérico e sem distinção, e os direitos humanos, de modo geral, podem, igualmente, ser de caráter econômico, social e cultural. Apesar de o dispositivo mencionar "*qualquer fase do inquérito ou processo*", aparentemente restrita à esfera penal, o preceito também se refere a "*cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais*", o que sugere que as discussões de natureza cível também habilitem o deslocamento da questão para a Justiça Federal, com extensão aos direitos civis em geral, tais como, *emprego, educação, igualdade, matrimônio, nacionalidade, religião e saúde*.

Reclama por concessão de oportunidade ao Ministério Público Estadual, ao próprio réu, ao indiciado e à vítima, se assim o puder fazer, para manifestação e contraditório quanto ao processo do incidente, como sujeitos de direito na situação e relação jurídica, nos mesmos moldes em que se admite, também, assistência de acusação nas ações penais públicas.

Preserva a responsabilidade internacional do Brasil perante cortes e organismos internacionais e como via excepcional apta para todos os crimes tutelados pelos Direitos Humanos, como o genocídio, os crimes de tortura em massa, as

ações de difusão de determinada ideologia incompatível com o regime democrático praticados em regimes ditatoriais e contra a sobrevivência da espécie humana.

Caracteriza-se como um mecanismo de sucessão ou substituição da atividade da Justiça dos Estados ou do Distrito Federal pela Justiça da União, dentro do esquema de federalismo cooperativo, nos casos identificados como grave violação a Direitos Humanos.

Constitui-se como um instrumento político destinado a resguardar a responsabilidade do Estado soberano perante a comunidade internacional, em função de tratados de proteção a pessoa, firmados pela União, e como incidente processual que tem em mira a redução da impunidade e a concreta proteção desses direitos.

Crimes, por exemplo, como os do mega esquema de corrupção apurados na operação lava a jato, envolvendo políticos e empresários, porventura identificados como ofensa a Direitos Humanos por lesar o erário público, impedindo o desenvolvimento do país, podem perfeitamente ser submetidos à competência da esfera federal, se o Estado membro fracassar.

3. Os direitos humanos e a Amazônia

A Amazônia é a maior região florestal contínua do planeta, abrigando a mais ampla biodiversidade do mundo. Por sua multiplicidade de riquezas é alvo de dois fenômenos negativos que lhe ameaçam a sobrevivência: o interesse internacional e a negligência das autoridades brasileiras que não conseguem proteger essa adversidade violentada.

Sua extensão terrestre e fluvial avança para além dos limites das fronteiras políticas de países como a Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Guiana, Guiana Francesa, Suriname e Venezuela, formando as bacias do Orinoco e do próprio Amazonas. Recobre parte do nordeste do Maranhão, alcançando, ao sul, a região do planalto e o cerrado na forma de matas de galerias ou beira de rio, sendo encontrada, a oeste, até aos pés dos Andes, em terras bolivianas, peruanas, equatorianas e colombianas. A vastidão dessa floresta também alcança a América Central, com características remodeladas estendidas para o sul do México, somando seis milhões de quilômetros quadrados com a parte equatorial ou tropical englobando 60% do território brasileiro.

Enquanto a região é símbolo de riqueza para o mundo inteiro, igualmente é sinônimo de violação a Direitos Humanos dos que nela se encontram. Se esse intrincado ecossistema que abriga uma riqueza de fauna e flora inestimáveis a

toda humanidade, fosse tratado de forma racional, sem dúvida alguma traria maiores benefícios à existência humana.

Os problemas que nele acontecem, envolvendo destruição do meio ambiente, conflitos fundiários e arrendamento de áreas sem regras para compensar o efeito estufa, podem, perfeitamente, representar ofensa a Direitos Humanos, prevista na Emenda Constitucional nº45/2004, se integrando a um provável rol de crimes específicos, admitindo até mesmo a federalização da competência para julgamento em caso de omissão ou erro do Estado membro, na medida em que esses direitos alcançaram novas dimensões.

A Constituição de 1988 foi quem instituiu, além dos princípios fundamentais, uma radical transformação do Estado, com extraordinária atenção aos direitos Humanos ao priorizar direitos e garantias fundamentais no artigo 60, parágrafo 4º, como cláusulas pétreas de núcleo intocável e de aplicabilidade imediata.

Esse caminho proporcionou a Emenda Constitucional nº 45/2004, oferecendo a possibilidade da Federalização da Competência para o julgamento de Crimes contra Direitos Humanos, cujos critérios operacionais sugerem rol específico para esses crimes, com caracterizações a partir da omissão ou erro judicial do Estado membro.

Essa Emenda que incorporou o inciso V-A e o parágrafo 5º ao artigo 109 da Constituição Federal teve bases no advento da própria Carta Magna quando elegeu como Princípios Fundamentais o da Dignidade Humana (artigo 1º, inciso III) e o da Prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º, inciso II). Depois disso o legislador resolveu compatibilizar, através do § 2º do artigo 5º, os Tratados Internacionais, *dos quais a República seja parte*, com *direitos e garantias* expressas no texto constitucional.

Nessa cruzada em prol dos Direitos Humanos, a citada Emenda ainda inseriu os § 3º e § 4º no mesmo artigo 5º, determinando, pelo primeiro, a equivalência dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos à condição de Emenda Constitucional (desde que aprovados em dois turnos por 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional) e pelo segundo a submissão do Brasil à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional criado pelo Estatuto de Roma (para julgar crimes de *genocídio; contra a humanidade; de guerra e de agressão*).

Abriu-se um Sistema jurídico Internacional de Proteção de Direitos, com o reconhecimento de *dupla* fonte normativa: *do Direito interno e do Direito Internacional*, como reflexo do avanço da Democracia, da inércia ou da omissão

dos Estados reclamados na comunidade internacional em favor da resolução de crimes que abalaram a sociedade, da responsabilidade jurídica da União perante a comunidade internacional e do avanço da universalidade de valores num mundo cada vez mais globalizado.

Contudo o deslocamento de competência ainda provoca dúvidas quanto à tipicidade desses crimes ou condutas consideradas como ofensas a Direitos Humanos, sujeitas a tutela da Justiça Federal. O Estatuto de Roma nos inspira a pensar como aptos a esse perfil os crimes de *narcotráfico; tortura; homicídio doloso motivado por preconceito de origem, etnia, raça, sexo, gênero, opção sexual, cor, religião, opinião política; trabalho escravo; contra o erário público motivado por corrupção ativa ou passiva; conflitos fundiários e contra o meio ambiente relacionado à preservação da espécie no planeta*, como no caso da Amazônia.

4. A utilidade dos direitos humanos

O ser humano, na espécie, é um animal único do planeta, dotado de características distintas dos outros seres, nem sempre melhores do que esses. Não há direitos humanos regionalizados, mas fatores regionalizados ligados a realidades específicas como a da Amazônia, por exemplo, fazendo parte da universalidade dos Direitos Humanos. São universais porque universal é a representação filosófica do ser humano e em qualquer lugar do mundo a dignidade da pessoa é referencial, ainda que incompreendida.

Na segunda metade do século XIX, o filósofo Rosmini já dizia que a lei brilha mesmo que se torne violada e Sobral pinto deu-nos um exemplo de dignidade na época da repressão quando invocou a lei de proteção aos animais para defender o direito de ampla defesa a Luis Carlos Prestes. Direitos Humanos, muitas vezes mal interpretados como protetores de bandidos, representam, na verdade, uma dimensão inquestionável onde frutifica a primeira forma de justiça que é a dignidade da pessoa humana. Sem ela não poderemos falar em direito, entretanto o Estado contemporâneo vem perdendo espaço para a materialidade, alimentando o crime e a impunidade, causando desesperança na população. Não atinge suas finalidades entre as quais se encontra a mais densa que é a realização da justiça social. A inoperância de instituições, preocupadas em tirar dinheiro do povo, aumentar impostos, juros, violenta a própria humanidade e sua representação humana, essencialmente filosófica, desenvolvida na liberdade, na igualdade e na fraternidade, como princípios basilares do Estado.

O Estado não é infalível, por isso defendo que os direitos humanos devam ser federalizados a partir da *omissão*, do *erro* e da *má-fé* comprovados contra o ente federativo sobre algum papel que lhe cabia cumprir. Não temos, ainda, na doutrina, uma definição unânime classificatória de crimes contra direitos humanos. O Estatuto de Roma, por seu artigo 5º, inspirado no direito internacional, nos acena, na área penal, com os crimes de *genocídio*, *contra a humanidade*, *de guerra* e *agressão*.

Imagino como ofensivos a Direitos Humanos os crimes de *tráfico de drogas*; *tortura*; *homicídio praticado contra as comunidades indígenas*; *homicídio doloso motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política*; *caracterizados em conflitos fundiários*; *trabalho escravo*; *contra o meio ambiente ligado à preservação da espécie no planeta* e *corrupção que prejudica o desenvolvimento de uma sociedade*.

Contudo, quanto a esse assunto, a Constituição Federal preferiu apostar na jurisprudência já que os incluídos incisos V-A e § 5º ao artigo 109, que não especificam os crimes contra direitos humanos, são autoaplicáveis. Essas adições, trazidas pela Emenda 45, perderam a oportunidade de incluir, como condição de federalizar tais crimes, as situações de *omissão*, *erro* ou *conluio* do próprio ente federativo, uma vez que a federalização deva ser vista como atividade de complementação e não de superação.

A autonomia dos entes federativos, observada pelo ângulo da organização dos poderes, exige adequação ao princípio da dignidade humana, esculpida no inciso III do artigo 1º e ao princípio da prevalência dos direitos humanos anunciada pelo art. 4º, inciso II, ambos da Constituição Federal. Tais princípios se inscrevem na abertura dos Direitos Fundamentais que em suas imutabilidades sobrepoem-se a todos os outros direitos. Além disso, a mesma Emenda 45, em homenagem à era dos Direitos Humanos, inseriu o § 3º e o § 4º no artigo 5º, determinando a equivalência dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos à condição de Emenda Constitucional, desde que aprovados em dois turnos por 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e a submissão do Brasil à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional, respectivamente, criado pelo Estatuto de Roma, para julgar os crimes de *Genocídio*; *Contra a Humanidade*; *de Guerra* e *de Agressão Política*.

Com tais investidas, instituiu-se, inegavelmente, uma abertura para um Sistema Jurídico Internacional de Proteção de Direitos, reconhecendo-se uma dupla fonte normativa: a do *Direito interno* e a do *Direito Internacional*. Em caso de

deslocamento de competência, penso que o princípio do juiz natural não seria atingido, pois o Tribunal não estará fixado após o fato, o fato em si é que fixou o Tribunal já fixado para crimes dessa natureza. O Juiz Federal será tão natural quanto pré-existente como o Juiz Estadual original, dadas às competências designadas antecipadamente.

Se desejarmos, realmente, a prevalência dos Direitos Humanos, como anuncia a Carta Magna, e que estes sejam úteis ao combate à criminalidade em todas as suas dimensões, incluindo mega esquemas de corrupção, então é preciso que rompamos com velhos conceitos estruturais e saibamos aplicar tais preceitos em favor da sociedade.

5. Amazônia, direitos humanos e o efeito estufa

Como Direitos Humanos estariam inseridos na realidade amazônica com implicações diretas no aquecimento global do Planeta? O assunto merece profunda reflexão, envolvendo os brasileiros, sobretudo os que nos representam junto aos parlamentos nacionais.

O Brasil por sua dimensão territorial apresenta contextos diversificados. A Amazônia, por exemplo, representa a maior região florestal contínua do planeta, abrigando a mais ampla *biodiversidade* do mundo. Sua extensão terrestre e fluvial avança para além dos limites das fronteiras políticas de muitos países como a Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Guiana, Guiana Francesa, Suriname e Venezuela, formando as bacias do Orinoco e do próprio Amazonas. Recobre parte do nordeste do Maranhão, alcançando, ao sul, a região do planalto e o cerrado na forma de matas de galerias ou beira de rio, sendo encontrada, a oeste, até aos pés dos Andes, em terras bolivianas, peruanas, equatorianas e colombianas. A vastidão dessa floresta também alcança a América Central, com características remodeladas estendidas ao sul do México. A soma de todas essas áreas expandidas representa por volta de seis milhões de quilômetros quadrados, com a parte equatorial ou tropical englobando 60% do território brasileiro. Acompanhando essa dimensão infinita, encontra-se rios imensos e piscosos como o Negro, o Tapajós e o Madeira, afluentes do Rio Amazonas (maior do mundo em volume de água) que nasce na cordilheira dos Andes e termina no oceano atlântico. Uma área no centro de sua bacia hidrográfica de seis milhões de hectares, incluindo o Parque nacional do Jaú, foi considerada pela UNESCO, em 2000, Patrimônio da Humanidade.

Nossa região representa o maior bioma da face da terra, contudo, com proporções infinitas, enfrenta uma de suas piores mazelas: a desorganização fundiária, adogada pela falta do mínimo existencial que gera insegurança, criminalidade, pobreza e má qualidade de vida para boa parte da população. Por sua multiplicidade de riquezas também é alvo de dois fenômenos negativos que lhe ameaçam a sobrevivência: o *interesse internacional* e a *negligência das autoridades administrativas brasileiras* que não conseguem proteger essa adversidade constantemente violentada. Enquanto a região é símbolo de riqueza para o mundo inteiro, igualmente é sinônimo de violação aos direitos dos que nela habitam.

Em 1991 o desmatamento anual na Amazônia alcançava mais 11.000 Km², crescendo 34% de 1992 a 1994, ultrapassando nessa data 14.800 km² conforme dados do Governo. O Estado do Pará, por exemplo, segundo dados do INPE (Instituto Nacionais de Pesquisas Espaciais), em 2013 foi o campeão de desmatamento, destruindo o equivalente a 5.891 quilômetros quadrados. A atividade agrícola realizada de forma irracional, ainda perdura e a extração da madeira vem aumentando na medida em que os estoques da Ásia se esgotam. Relatório elaborado pela Secretaria de Assuntos Estratégicos, ligada à Presidência da República, afirma que 80% da produção madeireira da Amazônia, são provenientes da exploração ilegal na região. Mais de 12% da área original da Floresta Amazônica já foram destruídos devido a políticas governamentais inadequadas, modelos inapropriados de ocupação do solo e à pressão econômica, que levou à ocupação desorganizada e ao uso não sustentável dos recursos naturais.

Portanto, a Amazônia representa um desafio em quase todos os segmentos da vida social, sobretudo por envolver o homem em sua sobrevivência num planeta vulnerável que experimenta sérios prejuízos com o efeito estufa. As temidas emissões de CO₂, derivadas da queima de carvão, petróleo e gás, segundo um novo estudo global revelado neste domingo, bateram recorde em 2013, com 2,3% de gases contaminantes lançados na atmosfera maior que em 2012. Conforme relatório recentemente divulgado por cientistas de diversas partes do mundo, no ano passado foram emitidas 36,1 bilhões de toneladas métricas de dióxido de carbono (CO₂), sendo vencedores os EUA, a Índia e a China.

Para compensar essa poluição de alguns países do outro lado do mundo, uma área da Amazônia com 16 vezes o tamanho da cidade de São Paulo, foi negociada pelos índios Mundurucu a uma empresa irlandesa, a Celestial Green Ventures (líder no mercado mundial de créditos de carbono), por US\$ 120 milhões de dólares. Essa transação garante à empresa benefícios sobre a biodiversidade, além do aces-

so restrito ao território indígena. Nesse contrato os índios se comprometem a não plantar ou extrair madeira dessas terras durante os 30 anos de duração do acordo, compensando-se, assim, emissões de gases de efeito estufa por grandes empresas poluidoras, sobretudo da Europa, com possibilidade de negociação desses créditos. A Fundação Nacional do Índio – FUNAI registra mais de 30 contratos nos mesmos moldes e a Celestial Green Venture afirmou ter fechado outros 16 projetos no Brasil que somam 200 mil *quilômetros quadrados*, duas vezes o tamanho de Portugal.

Esse diversificado ecossistema que abriga uma riqueza inestimável, deveria ser tratado de forma racional, objetivando grandes benefícios. Os problemas que nele acontecem, envolvendo destruição do meio ambiente, conflitos fundiários e arrendamento de áreas sem regras para compensar o efeito estufa, podem, sugestivamente, representar ofensa a Direitos Humanos, prevista na Emenda Constitucional nº45/2004, admitindo, neste caso, federalização de competência para julgamento, na medida em que comprometem potencialidades e riquezas que beneficiam a humanidade.

6. Abrangência dos direitos humanos

O maior desafio que o jurista enfrenta quando realiza uma palestra ou ministra aulas sobre Direitos Humanos é a descaracterização da ideia de que eles existem para proteger somente delinquentes.

Defendo a tese de que Direitos Humanos representam uma *dimensão*, restando a classificação de que integram várias gerações, dessa ou daquela, preferindo a noção de que estes resguardam, *sobretudo*, o Princípio da Dignidade Humana, basicamente a dos agredidos.

Ainda que os horrores da Alemanha nazista de Hitler, praticado contra milhões de judeus e centenas de gays, negros e opositores daquele regime discriminatório, tenha desencadeado a Era dos Direitos Humanos, como se refere Fábio Comparato, Direitos Humanos existem desde a criação do ser humano na face da terra.

No inconsequente cenário jurídico brasileiro, a primeira Constituição de 1824, outorgada pelo então imperador D. Pedro II, já previa a garantia dos direitos fundamentais para se coadunar com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Na Constituição da República de 1891, que transformou o Estado Unitário em Estado Federativo, foi mantida a garantia aos direitos fundamentais e individuais, embora não houvesse uma política que efetivasse a proteção desses direitos.

Na Carta Magna de 1934, elaborada no governo Vargas, materializou-se para as mulheres o direito de votar; o salário mínimo; a jornada de trabalho de até oito horas diárias; a proibição de trabalho ao menor de 14 anos de idade; o trabalho noturno ao menor de 16 anos; o trabalho insalubre ao menor de 18 anos; as férias anuais remuneradas e a indenização na demissão sem justa causa, entre outros.

Na Constituição de 1937 os Direitos Humanos foram vilipendiados com a perda das garantias da magistratura; leis declaradas contrárias à Constituição autoritária, mas validadas pelo Presidente da República como a suspensão da liberdade de ir e vir; o direito de reunir e a censura da correspondência de todas as comunicações orais e escritas.

Na Carta de 1946, com a obrigação de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direitos individuais e a ampliação e regularização de vários direitos reconhecidos pela Carta anterior, os Direitos Humanos voltaram a figurar na preocupação do legislador.

A Carta de 1967, comparada com a de 1946, apresentou idas e vindas, prevalecendo graves retrocessos como a supressão da liberdade de publicações consideradas (a juízo do Governo) como propaganda subversiva e a suspensão dos direitos políticos, *declarada pelo Supremo Tribunal Federal*, para aqueles que abusassem dos direitos de manifestação do pensamento.

Manteve todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais. Constrastando, porém, determinou como imprescindível o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito que não existia, explicitamente, nas Constituições anteriores.

Apesar disso não se harmonizou com a doutrina dos Direitos Humanos ao restringir a liberdade de opinião e expressão, manter as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais como o de nº 5, baixado em 13 de dezembro de 1968, um ano depois.

A atual Carta de 1988 marcou o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instalado em 1964, e instituir, além dos princípios fundamentais, uma radical transformação do Estado em todos os sentidos. Os direitos Humanos ganharam relevo extraordinário no cenário jurídico do país quando se priorizou direitos e garantias fundamentais no artigo 60, parágrafo 4º, como cláusulas péticas de núcleo intocável e de aplicabilidade imediata.

Esse caminho proporcionou a Emenda Constitucional nº 45/2004, oferecendo a possibilidade da Federalização da Competência para o julgamento de

Crimes contra Direitos Humanos, cujos critérios defendo, além da existência de rol específico, a caracterização pela omissão ou pelo erro judicial do Estado.

Dessa maneira, os Direitos Humanos, muitas vezes negados, desrespeitados, vilipendiados tanto por agentes da lei como também por delinquentes que nos ameaçam, sempre estiveram presentes em nossa legislação, e a vinculação que se faz quanto à proteção exclusiva de delinquentes é completamente equivocada.

O problema é que o Estado Federal não consegue priorizar vítimas, estancar a delinquência brasileira, tampouco o tráfico de drogas que alimenta as mentes férteis de centenas de bandidos que colocam em risco nossas vidas, porque investe em projetos duvidosos e mantém uma legislação processual complexa e assistencialista.

O que os Direitos Humanos protegem, basicamente, é a Dignidade da Pessoa, especialmente de quem sofre a agressão, no sagrado direito de tentar ser digno, respeitando leis que bandidos fazem troça.

Aquele que delinque, ameaçando a vida de outros indivíduos sociais, colocando em risco a harmonia do viver em sociedade, o patrimônio material e imaterial do ser humano, merece tratamento adequado que não seja o favorecimento das leis processuais, tampouco mordomias pagas pelo dinheiro do contribuinte.

7. Crimes contra direitos humanos

Em razão do artigo anterior sobre a abrangência dos Direitos Humanos e das indagações encaminhadas, é importante acrescentar que a Federalização da Competência para esses crimes é um instrumento recente que em caso de *grave violação* a esses direitos, a competência do julgamento é transferida para a justiça federal.

Denomina-se como Incidente de Deslocamento, promovido pelo Procurador Geral da República perante o Superior Tribunal Federal, somente quando se encontra configurada a hipótese constitucional.

Foi criado em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, que incorporou o inciso V-A e o parágrafo 5º ao artigo 109 da Constituição Federal, mas até hoje provoca polêmicas e reflexões relacionadas a outros paradigmas estruturais.

Essa ideia nasceu no advento da Constituição Federal que elegeu como Princípios Fundamentais o da Dignidade Humana (artigo 1º, inciso III) e o da Prevalência dos Direitos Humanos (artigo 4º, inciso II). Em seguida, o legislador resolveu compatibilizar, através do § 2º do artigo 5º, os Tratados Internacionais, *dos quais a República seja parte*, com *direitos e garantias* expressas no texto constitucional.

Nessa cruzada em prol dos Direitos Humanos, a citada Emenda inseriu os § 3º e § 4º no mesmo artigo 5º, determinando, pelo primeiro: a *equivalência* dos Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos à condição de Emenda Constitucional (desde que aprovados em dois turnos por 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional) e pelo segundo: a submissão do Brasil à jurisdição de um Tribunal Penal Internacional criado pelo Estatuto de Roma (para julgar crimes de *genocídio; contra a humanidade; de guerra e de agressão*).

Abriu-se, inegavelmente, no Brasil, um Sistema jurídico Internacional de Proteção de Direitos, com o reconhecimento de *dupla* fonte normativa: *do Direito interno e do Direito Internacional*. Apesar dos dez anos de existência do instituto, essa jornada ainda avança gradativamente, enfrentando resistências que consideram a transferência da prerrogativa de julgar, ofensa aos princípios da *autonomia do Estado e do juiz natural*.

O instituto é um reflexo de três situações: a) *O avanço da Democracia no País*; b) *A inércia ou a omissão dos Estados, cobradas pela comunidade internacional na resolução de crimes que abalaram a sociedade* (Estados do Acre, Pernambuco, Rio de Janeiro e Pará); c) *A responsabilidade jurídica da União perante a comunidade internacional* e d) *O avanço da universalidade de valores imposta num mundo cada vez mais globalizado*.

O Estado do Pará, o segundo maior integrante da Amazônia e do Brasil em proporções territoriais, com potencialidades que atraem cobiças de toda sorte, abriga uma série de conflitos e violações contra direitos humanos, muitos dos quais irresolutos, já denunciados aos organismos internacionais de proteção a Direitos Humanos.

Apesar do avanço em prol da afirmação dos Direitos Humanos e da importância desse instituto, o deslocamento de competência ainda exige algumas reflexões, pois ainda pairam dúvidas quanto à tipicidade para crimes ou condutas consideradas como ofensa a Direitos Humanos, sujeitas a tutela da Justiça Federal.

Com inspiração no direito internacional, como a que oferece na área penal o Estatuto de Roma, penso figurarem como aptos ao perfil reclamado os crimes de: a) *narcotráfico*; b) *tortura*; c) *homicídio doloso motivado por preconceito de origem, etnia, raça, sexo, gênero, opção sexual, cor, religião, opinião política, interesses e conflitos fundiários*, e) *trabalho escravo ou de crianças e adolescentes*; f) *contra o meio ambiente ligado à preservação da espécie no planeta* e g) *contra o erário público motivado por corrupção ativa ou passiva*.

Figuro entre os que percebem o instituto como um grande avanço na área dos Direitos Humanos, acreditando não descaracterizar os princípios reclamados, contudo, é importante a reflexão sobre a configuração da *omissão* ou da *falha* do Estado-membro ou do Distrito Federal, refletindo *erro*, *displicência* ou *excesso de prazo*, em algum procedimento judicial ligado ao perfil supracitado.

8. Corrupção é violação a direitos humanos

O ser humano, na espécie, é animal único no planeta, dotado de características distintas das existentes em outros seres, uma delas a inteligência racional que nem sempre é uma constante. Não há direitos humanos regionalizados, eles são universais porque universal é a representação filosófica do ser humano. Em qualquer lugar deste planeta a dignidade da pessoa é um referencial, ainda que não seja priorizada.

Na segunda metade do século XIX Rosmini já dizia que a lei brilha no momento em que se torna violada, ratificando a validade desta, mesmo quando tenha sido descumprida. Sobral pinto deu-nos um bom exemplo de dignidade na época da repressão quando invocou a lei de proteção aos animais para defender a liberdade de Luis Carlos Prestes.

Os Direitos Humanos, portanto, representam uma dimensão inquestionável onde frutifica a primeira forma de justiça que é a dignidade da pessoa humana. Sem ela não poderemos falar em direito. Contudo o Estado contemporâneo vem perdendo espaço para a ilegalidade, invertendo valores, causando desesperança na população. Não atingem suas finalidades entre as quais a mais densa que é a realização da justiça social.

Esses direitos não podem esperar, pois o comprometimento das nossas instituições violenta a própria humanidade e a representação do ser humano é essencialmente na liberdade, na igualdade e na fraternidade, princípios que estruturam o próprio Estado e lhe são anteriores.

Não temos, ainda, na doutrina, uma definição unânime classificatória de crimes contra direitos humanos. O Estatuto de Roma em seu artigo 5º, inspirado no direito internacional, enfatiza, na área penal, o crime de genocídio, contra a humanidade, o crime de guerra e o crime de agressão, mas na verdade todo crime diretamente ou indiretamente contra a vida pode ser considerado crime contra direitos humanos.

Com inspiração no direito internacional, como a que oferece na área penal o Estatuto de Roma, penso figurarem como aptos ao perfil reclamado os crimes

de: a) *narcotráfico*; b) *tortura*; c) *homicídio doloso motivado por preconceito de origem, etnia, raça, sexo, gênero, opção sexual, cor, religião, opinião política, interesses e conflitos fundiários*, e) *trabalho escravo ou de crianças e adolescentes*; f) *contra o meio ambiente ligado à preservação da espécie no planeta* e g) *contra o erário público motivado por corrupção ativa ou passiva*.

Corrupção vem do latim, significando quebrado em pedaços. Corromper significa tornar “pútrido”. Modernamente se classifica como utilização do poder ou autoridade para conseguir obter vantagens e fazer uso do dinheiro público para o seu próprio interesse ou de terceiros.

A corrupção é evidente em países não democráticos e de terceiro mundo, Toda sociedade corrupta sacrifica a camada pobre que depende dos serviços públicos. Ainda que não exista países com corrupção zero, os democráticos ricos apresentam menos corrupção, porque sua população é mais esclarecida acerca dos seus direitos.

Atualmente uma organização internacional desenvolve pesquisas junto a países para medir o nível de corrupção. Elaboram classificação de que vai de 0 a 10. Os últimos dados revelam que o primeiro lugar com nota 9,7 correspondendo a grau de confiança, é a Finlândia. O Brasil há anos atrás já ocupava o 54º lugar com a nota 3,9. Imaginem hoje.

Milhões de pessoas pagam por essa cultura corrompida, amargando a carência da sobrevivência, faltando boa educação, saúde, transportes, alimentação e escola. Por tudo isso, se entende que corrupção se caracteriza como violação a Direitos Humanos.



Os parâmetros da OIT frente a erradicação do trabalho forçado. Discurso dos direitos humanos

Elder Lisboa Ferreira da Costa¹

Segundo os recentes estudos e dados da fundação Walk Free, cerca de 45,8 milhões de pessoas em todo o planeta estão submetidas a alguma forma de escravidão. Na linguagem utilizada por Kevin Bales, trata-se da escravidão moderna. Segundo o documento, 58% estão vivendo em 5 países, Índia, China, Paquistão, Bangladesh e Uzbequistão. Os países com a maior proporção de população em condições de escravidão são a Coreia do Norte, Uzbequistão, Camboja e Índia.²

Escravos modernos é uma terminologia nova, utilizada pelo cientista Kevin Bales, para explicar o fenômeno escravagista, ocorrido em diversas partes do mundo. Esta lacra ocorre no Brasil, onde cerca de 161,1 mil pessoas estão submetidas ao que se chama de *escravidão moderna*. A pesquisa aponta também que a exploração no Brasil está concentrada nas áreas rurais, nas regiões do cerrado e na região amazônica, todavia podendo ocorrer em setores urbanos. Em publicação de relatório da fundação, foram resgatados 936 trabalhadores em situação de escravidão, onde a maioria eram homens entre 15 e 39 anos, com pouca instrução, e que procederam a um processo de migração no Brasil, buscando melhores condições de vida.

O retrato triste desta realidade, foi objeto de nossa tese de doutoramento na multissecular Universidade de Salamanca, onde foi diretora de Tese a Doutora Maria Esther Martinez Quinteiro, onde chegamos a resultados alarmantes desta prática escravagista no Brasil.

1 Pós-doutorado da Universidade de Lisboa. Doutor Europeus da Universidade de Salamanca. Mestre em Ciências Jurídico Criminais da Universidade de Coimbra. Professor Universitário. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

2 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/escravidao-moderna-atinge-458-milhoes-de-pessoas-no-mundo>, acesso em 01.06.2016. Belém às 9.31 hs.

Neste texto optou-se, pela terminologia *trabalho escravo*³. Decifrar o código da escravidão ainda parece um enigma. A escravidão de outrora, cujo símbolo máximo era a senzala nos campos de engenho brasileiros, transformou-se na “*nova escravidão*”, dando lugar aos campos das fazendas do sudeste do Pará.

Mesmo depois da Abolição da Escravatura, em 1888, no Brasil, a prática escravagista continuou e permanece existindo em terras brasileiras. O mundo mudou e, como afirmado por Kevin Bales (2000, p. 13), o viés norteador dessa *nova escravidão é a pobreza, e não mais a cor*⁴.

Detectada sua existência, a primeira voz que se insurgiu, (ainda no período da ditadura, quando o Brasil era governado por militares), a “denunciar” a presença da prática escravagista em plena atividade no território nacional foi Dom Pedro Casaldáliga⁵, à época bispo da Igreja Católica Apostólica Romana de São Félix do Araguaia, no Estado do Mato Grosso-Brasil, por meio de sua Carta Pastoral “*Uma Igreja Contra o Latifúndio*”, editada em 1971. Por este fato, o prelado foi ameaçado várias vezes de morte.

Destaca-se que, em 2004, foi adotado em Gana o *Ano Internacional de Comemoração da Luta contra a Escravidão*. Mesmo depois de sua erradicação legal, o problema ainda é vivo e latente, e com ele está preocupada a comunidade internacional, representada por Organismos Internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, particularmente no Brasil, a Comissão Pastoral da Terra (CPT), além de outros órgãos do Governo Brasileiro, como a Delegacia Regional do Trabalho (DRT), Procuradorias do Trabalho e a Justiça Federal, e diversas entidades Não Governamentais, como a CPT.

Evidentemente que, neste texto, analisou-se o contexto dos escravos da região Norte do Brasil, especificamente no sudeste e sul do Estado do Pará, entendido como uma das dimensões do fenômeno escravagista que persiste na atualidade, possuindo nítida relação com o aspecto econômico-ambiental da região ao contribuir com a prática antiecológica do desmatamento para forma-

3 Não foi empregada a expressão utilizada pelo Código Penal Brasileiro em seu artigo 149 – “Condições Análogas à Escravidão” –, pois se entende que tal prática não é o objeto deste texto. A expressão utilizada pela OIT é trabalho forçado.

4 BALES, Kevin. *La nueva esclavitud en la economía global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2000. p. 13. Tradução livre do autor.

5 Dom Pedro Casaldáliga é Bispo Emérito de São Félix do Araguaia, título que recebeu quando sua renúncia foi aceita pelo Papa, ao completar 75 anos de idade. Na verdade, foi o precursor das denúncias da prática escravocrata no Brasil.

ção de pastagens de gado e instalação de fazendas. Aliás, uma característica evidente do fenômeno investigado é que os “novos escravos” serão recrutados, principalmente nos Estados do Nordeste brasileiro, e “transportados” para as fazendas onde desempenharão suas “atividades”.⁶

A Constituição Brasileira prevê, em seu artigo 1º, incisos III e IV, a supremacia dos direitos humanos. O trabalho escravo fere de morte o disposto no artigo 4º, inciso II, da CF, que trata dos direitos dos trabalhadores, e ainda o artigo 7º, quando não destina uma função social à propriedade, como explicitado nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III.

O trabalho escravo finca-se sobre os seguintes pilares estabelecidos pela OIT, base de toda estruturação para se conceber o trabalho forçado: *Servidão por dívidas, retenção de documentação pessoal, isolamento geográfico, utilização de força armada, privação da liberdade*. Estes são os vetores nos quais se baseia a Organização Internacional do Trabalho, para a detecção do trabalho escravo. Portanto, este texto, procurou verificar se essas proposições ocorrem na problemática brasileira e como elas acontecem⁷.

Nestas linhas, detectou-se que os vetores nos quais se finca a OIT, nas Convenções 29 e 105, foram de fato encontrados com algumas variações, daí, obrigatoriamente, partiu-se para uma verificação de seus conceitos basilares, o que será feito ao longo do texto. Houve uma hipertrofia da sociedade civil e, consequentemente, uma mudança de paradigmas onde a sociedade participa de seus próprios destinos, não sendo uma mera espectadora do espetáculo, mas protagonista, buscando incessantemente políticas públicas de resgate dos trabalhadores.

A Gênese para o combate do trabalho forçado

Não se pode esquecer a contribuição de Dom Pedro Casaldáliga que em 1971 publicou a Carta Pastoral, importante documento que mapeou as condições de vida da região do Bico do Papagaio, onde verificou-se não só as características da região, mas as condições de vida dos trabalhadores. Muito tempo depois em março do ano de 2003, foi lançado pelo Governo Federal, durante

6 Nos comentários de Cézane site. Afirma que apesar de todos os problemas o Brasil é assinalado como um país exemplar da América Latina, quando se compromete com o problema da escravidão. Disponível em www.esglobal.org/2000-anos-de-esclavitud. Acesso em 17.05.2014.

7 O pilar segurança armada, como contemplado pela OIT, foi verificado no presente texto.

a gestão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em seu primeiro mandato de Presidente da República do Brasil, o CONATRAE – Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo. Finalmente, o Governo reconheceu, pelo menos no plano formal e diante da Organização das Nações Unidas, a existência de trabalhadores mantidos na condição de escravidão em terras brasileiras. Já foi um começo. Note-se que a grande maioria dos dados são da Comissão Pastoral da Terra, de cujos números o Governo se vale, para proceder o combate a escravidão. O marco é significativo e emblemático, pois finca-se a bandeira institucional de que é preciso vencer a chaga escravagista.

O fenômeno escravocrata no Brasil recebe várias denominações. Diversos conceitos são elaborados, dando signos à mesma realidade. A OIT utiliza o termo “trabalho forçado”. Outras denominações designam a prática escravagista: *Trabalho escravo, escravidão de homens brancos, semiescravidão, condição análoga à escravidão e senzala amazônica*⁸. Todos os termos são todos sinônimos que descrevem uma mesma realidade.

Para fazer frente a esta erradicação, o Brasil firmou vários Tratados Internacionais em que se comprometeu a abolir o trabalho forçado devido à sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. As políticas públicas de resgate do cidadão são analisadas no presente texto e confrontadas com a realidade.

A Constituição Brasileira de 1988, em seus artigos 5º e 7º, trata dos direitos individuais e sociais, entra em afinação perfeita com o que prescreve a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948, e a Convenção n. 29 da OIT sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada em Genebra em 28 de junho de 1930. Além disso, o Brasil também ratificou a Convenção Relativa à Escravatura, assinada em Nova Iorque, em 7 de dezembro de 1953, e

8 Este termo foi utilizado por Sento Sé. Cf. SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2000. p. 16. A OIT estima que, no mundo, haja no mínimo 2,45 milhões pessoas que se encontram em situação de trabalho forçado como consequência do tráfico de pessoas. A designação “trabalho forçado”, adotada pela OIT, repercute em vários pontos do planeta onde se detecta o problema, dentre os quais podem ser citados os seguintes: o trabalho exercido pelas prostitutas mantidas contra sua vontade, resultante do tráfico de pessoas; e o desempenhado por costureiros bolivianos no Estado de São Paulo. Nesta tese, trata-se exclusivamente dos trabalhadores rurais nas fazendas do Estado do Pará, utilizando-se o conceito internacional consignado pela OIT apenas para sua identificação a fim de, posteriormente, evidenciar como são suas características no que tange aos escravizados das fazendas.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve um projeto das Nações Unidas, aprovado por meio da Resolução n. 317 (IV), de 2 de setembro de 1949, e que entrou em vigor em 25 de julho de 1951, e se revelou em um dos mais importantes instrumentos da ONU contra as práticas análogas à escravidão.

aprovada pelo Decreto Legislativo n. 66, de 14 de julho de 1965, e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, aprovada em Genebra, em 7 de setembro de 1956, e ratificada pelo Brasil em 6 de janeiro de 1966, por meio do Decreto Legislativo n. 58.563, de 10 de janeiro de 1966. Todos os textos incompatíveis com a escravidão. Ou seja, em termos de Pactos Internacionais contra a escravatura, o Brasil vai muito bem. Todavia, vários fatores contribuem para a persistência da prática escravocrata no Brasil. Um dos fatores da não erradicação do trabalho escravo é que apenas 50% das denúncias são apuradas, provocando o aparecimento de uma cifra negra e aumentando as dificuldades de detecção da problemática⁹.

As ações governamentais devem estar afinadas em perfeita harmonia para a eliminação desta lacra. Esta conjuntura ocorre principalmente nas questões governamentais. Kevin Bales (2000, p. 9), estudioso da matéria, pesquisou em vários setores governamentais e bibliotecas para tentar decifrar os aspectos fenomenológicos envolvidos e, lamentavelmente, concluiu que:

*Durante varios años reuní toda la información que fue encontrado sobre la esclavitud moderna. Fui a las Naciones Unidas y la Biblioteca Británica; revisé los archivos de la Oficina Internacional del Trabajo y visité diversas organizaciones benéficas y de derechos humanos. Obtener información útil y fiable sobre la esclavitud resulta verdaderamente difícil. Los funcionarios de los gobiernos niegan su existencia aunque les muestres fotografías y declaraciones juradas. Las organizaciones de derechos humanos, por el contrario, quieren denunciar la existencia de la esclavitud. Estas organizaciones hacen públicos los relatos de las víctimas y se encargan de desmentir las afirmaciones gubernamentales apuntando pruebas sobre la extensión de la esclavitud*¹⁰.

A existência do trabalho escravo no Brasil tem também parte de suas raízes decorrente do processo de globalização. O trabalho desempenhado nas fazendas de gado ainda de forma rudimentar visa ao lucro para os escravagistas. O desmatamento está intimamente ligado a essa prática, pois a derrubada da

9 Normalmente, as “denúncias” da prática escravagista partem da Comissão Pastoral da Terra (CPT).

10 BALES, Kevin. *La Nueva Esclavitud en la Economía Global*. Traducción de Fernando Borrajo Castanedo. Madrid: Siglo XXI de España. 2000. p. 9.

floresta dá lugar às pastagens e à criação de gado na região, onde as relações de trabalho são arcaicas e desumanas.

Muitos trabalhadores depois de resgatados, não têm para onde ir, até porque voltar para suas terras de origem, representará voltar à miséria em que antes se encontravam sem nenhuma perspectiva de vida, tornando a cidadania cada vez mais distante. Na obra *Pisando Fora da Própria Sombra*, Figueira destacou que um trabalhador ficou 16 vezes em poder do escravagista, justamente por não ter condições de sair da vida na qual se encontrava¹¹.

No que tange à legislação penal, o Código Penal Brasileiro prescreve, em seu artigo 149, alterado pela Lei n. 10.803/03, a conduta criminal do trabalho escravo, mas, na prática, o resultado prático inoperante visto existirem pouquíssimos processos onde agentes foram denunciados por práticas escravagistas¹². A palavra-chave para sua detecção é a *liberdade*. Outras capitulações são utilizadas para o combate ao trabalho escravo, entre elas: Art. 203, parágrafo 1º Inciso I, Art. 297 parágrafos 4º, Art. 69 e 70, Arts. 337-A, todos do Código Penal Brasileiro. Além do artigo 109 da CF que trata da competência da Justiça Federal.

O sudeste do Estado do Pará-Brasil é o foco central deste texto. A principal cidade da região é Marabá¹³ (ver Figura 2)¹⁴, atualmente com 251.885 mil habitantes, segundo os dados do IBGE de 2013¹⁵, ocupando uma área de 15.128,416 quilômetros quadrados e caracterizando a maior economia do sudeste do Pará e sua mesorregião. Na cidade de Marabá.

11 Conversa mantida no escritório de Resende, no Rio de Janeiro, na Universidade Federal Fluminense.

12 O trabalho escravo não é praticado somente no Brasil, mas também em outros países, onde é combatido. Em Portugal, o Código Penal inseriu tal prática no artigo 159 por meio do Decreto-Lei n. 48/95; na Itália, está presente no artigo 600 do *Régio Decreto*, de 19 de outubro de 1930.

13 Marabá é a principal cidade da região onde se encontram as sedes dos principais órgãos da administração federal como a Justiça Federal, Polícia Federal, e os órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego.

14 O autor deste texto exerceu na região as funções de promotor de justiça em 1991 e, posteriormente, no ano de 1993, retornou à cidade como juiz de direito.

15 Fonte: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/painel/painel.php?codmun=150420>>. Acesso em: 4 de novembro de 2013, às 23h11. Strasbourg-France.

Figura 1– Mapeamento das cidades subordinadas à jurisdição de Marabá – Estado do Pará



Fonte: Google Mapas.

A frente de combate ao trabalho escravo no âmbito internacional, se dá principalmente por meio da OIT está integrada por mais de 180 países, como Estados Membros, todavia o fato de tantos países fazerem parte deste complexo, não significa que as normas da OIT sejam de fato cumpridas e, o grande desafio é justamente a composição de direitos fundamentais reconhecidos e implementados no plano interno com base em normas de caráter universal adotadas pela OIT.

Como afirmado por Wachsmann (2008, p. 10).

La création de l'Organisation marque aussi l'abandon du monopole réservé aux appareils étatiques dans les relations internationales: la Conférence générale des représentants des membres est composé de quatre représentants de chacun des États, deux délégués du gouvernement, un représentant des employeurs et un représentant des travailleurs.¹⁶

Importante destacar que o Brasil, como signatário da OIT, assume o compromisso jurídico em respeitar os direitos dos trabalhadores nas fazendas de

16 WACHSMANN, Patrick. *Les Droits de l'homme*. Paris. Éditions Dalloz. 2008, p. 10.

gado, e a dotar o Estado de instrumentos que visem a erradicar a prática escravagista nas fazendas. Por isto a afirmação de Bonet Pérez (2013, p. 509), que nesse sentido pode-se afirmar em primeiro lugar que a própria Declaração de 1998, define o compromisso jurídico adquirido pelos Estados Membros, através da Constituição da OIT e da Declaração de Filadélfia, não só como obrigação de “promover”, mas também “realizar e fazer respeitar”, ditos direitos, na medida em que estão consagrados. Implica dizer que a obrigação de “realizar e fazer respeitar” um Direito Humano Internacional reconhecido, implica, na medida, que seja, um certo compromisso de resultado e não de mero comportamento¹⁷.

O trabalho desenvolvido pela OIT dentro de uma análise global, nos faz acreditar de que de fato a normalização mínima de caracteres de proteção ao trabalho tem sido o mote a desenvolver o trabalho desta Organização, dentro de uma proteção integral dos direitos humanos.

As bases em que a OIT foi criada como Organismo Internacional, nas palavras de Bonet Pérez (2013, p. 465), se percebe um entrelaçamento das condições estruturais e condicionantes conjunturais. Na primeira a constatação de extrema dureza nas condições de trabalho vinculadas a revolução industrial e a expansão do modo capitalista, e na segunda o relativo convencimento dos países industrializados da necessidade de adotar uma Legislação Internacional do Trabalho, havia gerado expectativas de futuro sobre o seu progressivo desenvolvimento, na criação da OIT, vinculados época e muito especialmente, ao desenvolvimento e finalização da I guerra mundial.¹⁸

O Pacto Mundial para o Emprego, adotado pela Conferência Geral de 2009, é importante mecanismo da OIT, para encontrar meios e saídas para este grave problema que assola diversos países do globo, associado a crise que assola diversos setores da sociedade, devendo adotar um nível mínimo de proteção social de caráter universal.

Como afirma Fernández Liesa (2013, p. 12), o início dos Direitos Sociais e os antecedentes do Estado Social se situam no final do século XIX na evolução do

17 BONET PÉREZ. Jordi. “La Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 509.

18 BONET PÉREZ. Jordi. “La Organización Internacional del Trabajo (OIT)”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 471.

Estado e dos Movimentos Obreiros, em sua luta contra a opressão e os excessos do capitalismo.¹⁹

O Estado do Pará, localizado na região Norte do Brasil, apresenta dados preocupantes: É o primeiro nas estatísticas de trabalhadores rurais assassinados e, também, lidera todos os números em termos de indivíduos que vivem em situação de escravidão em fazendas no Estado. Os dados são da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

A OIT, tem obrigação de investigar as violações de direitos humanos cometidos pelos Estados que se viram obrigados por força dos Tratados e Convenções Internacionais, e oferecer suporte e subsídios, para que a legislação interna possa ter meios e mecanismos de fazer o controle e sucessivamente punir quem violar as normas de direitos humanos.

Importante nota a Declaração de Filadélfia, onde destaca entre seus princípios fundamentais, o afirmado pela OIT, em que o trabalho não é uma mercancia, é essencial a liberdade de expressão, e de associação, a indicação da pobreza como um perigo, e compromisso de lutar contra a necessidade, dentro dessa perspectiva esta declaração é sinal de referência dentro da nova Ordem Internacional Universal de proteção aos direitos dos trabalhadores.

Particularmente no Brasil, onde o trabalho escravo é latente²⁰ e está presente em vários Estados brasileiros, verifica-se uma letargia das Instâncias Formais de Controle, tanto no que se refere à fiscalização como também à punição dos agentes²¹.

Os instrumentos até hoje utilizados para a erradicação do trabalho escravo, objeto deste texto, têm sido insuficientes para o banimento dessa chaga que assola o Brasil. Equipes Móveis que procedem à fiscalização das fazendas somente atuam quando há denúncia formal da prática do trabalho escravo, isto é, se não houver denúncia, não há atuação do poder estatal.

19 FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. “La Sociedad de Naciones y Los Derechos Humanos”. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV Siglo XX. Volumen III. Dirección. Gregorio Peces-Barba Martínez. Madrid. Ed. Dykinson. 2013, p. 12.

20 da presente tese de doutoramento temos um mapa preciso da situação dos trabalhadores, e o seu local de origem, demonstrando que vários Estados da federação brasileira são “exportadores” de trabalhadores para a área detectada na presente tese. O Estado que segue em primeiro lugar com p número de escravizados é o Estado do Tocantins com 34,4% do total pesquisado, seguido de perto pelo próprio Estado do Pará com 27,2%.

21 A falta de agente das instâncias formais de controle tem sido a tônica para a expansão do trabalho escravo no Brasil.

A Carta de Marabá-Pará-Brasil, publicada em 2010, demonstra a necessidade de atuação e combate ao trabalho escravo na região objeto desta pesquisa, e relata o aperfeiçoamento das ações de fiscalização e resgate dos trabalhadores, e principalmente a punição dos escravagistas, ampliando as ações dos Grupos Móveis e um significativo dever de monitorar os atores envolvidos no processo²².

Todos os instrumentos das Nações Unidas para a proteção dos direitos humanos tanto quanto os convênios realizados, como a Convenção Complementar sobre a Abolição da Escravidão, visando os Estados que praticam condições e mantêm práticas análogas à escravidão²³, possibilitarão a existência de um cenário com mais esperança na erradicação dessa chaga que ainda assola a humanidade.

Os casos escabrosos e denunciados à Organização de existência e prática do trabalho escravo em pleno século XXI têm preocupado. Mesmo com toda a política de combate, há um recrudescimento dessa prática, principalmente em fazendas do Estado do Pará.

Normalmente, as condições são muito parecidas quando verificadas pelos Grupos Móveis.²⁴ Os trabalhadores são obrigados a construir suas próprias habitações, em geral barracões de madeira cobertos somente com lona, sem nenhuma proteção lateral, sujeitos a todas as intempéries. Não há cozinha digna para serem elaboradas as refeições nem tampouco fogão a gás para seu preparo. Tudo é improvisado e feito pelos próprios trabalhadores. A alimentação é frugal e carne, se consome em alguns casos, somente uma vez por semana²⁵. A água não é tratada e é a mesma que o rebanho usa e onde faz as suas necessidades

22 Carta de Marabá, de 16 e 17 de novembro de 2010. Promoção: Ministério Público Federal do Pará, Comissão Pastoral da Terra e UFPA (*Campus Marabá*).

23 Os documentos referenciados estão em *United Nations in the Field of Human Rights*. New York, 1980.

24 Recentemente a Oficina Internacional do Trabalho de Genebra, assinou a aplicação de normas internacionais do trabalho de 2014 I, que trata da Comissão de Experts na aplicação de Convênios e Recomendações. Relata o documento às fls.384/85, que em relação aos Grupos Móveis encarregado na luta contra o trabalho escravo, se apoia na diretriz de que não basta somente o aumento no número de inspetores para participar de tal trabalho, mas principalmente no perfil dos inspetores a na sua disposição e interesse em participar de tal atividade. Relata que a Secretaria de Inspeção do Trabalho, consulta periodicamente os inspetores do trabalho, a este respeito, porém uma pequena parte dos mesmos querem participar deste tipo de atividade.
Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_235055.pdf Acesso em 18.05.2014 às 12.13. Salamanca Espanha.

25 Nas declarações prestadas por G.A.S para o Ministério do Trabalho e Emprego constante do anexo II, declarou: “*Que fazia a lista do que precisava e então os mantimentos eram trazidos pelo Sr. Diu e que não sabia quanto havia gastado, pois todos os rótulos eram retirados. Que não tinha recebido pagamento*”

fisiológicas. É grande a incidência de doenças, como diarreias e vômitos, nos trabalhadores²⁶, que não têm nenhuma assistência médica.

Em todos os casos verificados, não foram encontrados equipamentos de primeiros socorros nem remédios disponibilizados aos trabalhadores e, quando estes ficam doentes, tornam-se sujeitos à própria sorte. Além disso, o escravagista não fornece médicos e, em nenhum caso, foi realizado o exame admissional dos empregados antes da jornada de trabalho. Tais condições foram detectadas pela ação de Grupos Móveis, como documentado na Figura a seguir.

Figura 2 – Ação do grupo móvel 2008 – Fazenda no sul do Pará



Fonte: acervo pessoal do autor.

No Brasil, infelizmente, tem-se que a prática escravagista é tratada como uma questão penal, pelo menos a forma que a legislação tenta combater essa prática, com a incidência do artigo 149 do Código Penal Brasileiro²⁷. Volve-se

nenhum. Na casa onde morava com sua família, não havia água, sendo necessário busca-lo no rio, mais ou menos a 100 metros”.

26 Tal situação em que se encontram os trabalhadores está em desacordo com o artigo 15 da Convenção 29 da OIT que declara: “Toda legislação ou regulamento referente a indenização por acidente ou doença resultante do emprego do trabalhador e toda legislação ou regulamento que prevejam indenizações para os dependentes de trabalhadores falecidos ou inválidos, que estejam ou estarão em vigor no território interessado serão igualmente aplicáveis as pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório e a trabalhadores voluntários”. Anexo II da Tese de doutoramento.

27 Entende-se que a forma como o Estado Brasileiro trata a questão escravagista merece reparos, devendo sair a questão do campo estritamente penal, para a questão de direitos humanos.

o texto para o fato de que a questão dos direitos humanos é vilipendiada duas vezes. A primeira, pelo Estado Brasileiro quando não promove verdadeiramente políticas para a erradicação da escravidão; a outra pelo próprio escravagista, que, impune, segue com suas práticas nefastas. Isto se dá devido à ideia equivocada do fenômeno jurídico, como já retratado por Juan Gobbi (1963, p. 103):

*La moderna epistemología demuestra que no hay otro sujeto, en el mundo de las ciencias sociales, que el hombre. Esa aprehensión primaria nos permite situar debidamente el problema. Sin embargo, el Derecho, en cuanto es una ciencia con una dimensión normativa, no puede despreocuparse tampoco de la verificación de en qué medida las normas alcanzan a ese sujeto. Si no establecemos ese puente entre la realidad y la norma, podemos dar una idea fragmentada y equivocada del fenómeno jurídico*²⁸.

Pérez Alonso (2008, p. 51), com propriedade, destacou o fenômeno visto que, no Brasil, infelizmente não se tem um olhar do problema escravagista sob uma perspectiva multidisciplinar. A questão ainda é considerada de modo estanque e prioritariamente penal e administrativa. Somente se conseguirá avançar para a solução do problema quando verificada sua complexidade e os atores das instâncias formais de controle entenderem que a saída está nos elementos de prevenção da prática escravagista, ou seja, na erradicação da miséria que assola milhões de brasileiros.

*La complejidad de este fenómeno no debe ser óbice para que se describan los rasgos comunes que lo definen y se destaquen, sus elementos identificadores, con el propósito de conseguir una mejor comprensión de esta problemática. De este modo, estaremos en mejores condiciones de ofrecer respuestas jurídicas más fundadas y practicables. Respuestas que deben ser obtenidas partiendo de un enfoque necesariamente multidisciplinar, integral y polifacético que tenga en cuenta la complejidad del fenómeno a abordar en su conjunto. Así, desde esta perspectiva hay de incluir en el análisis los elementos de prevención, investigación, enjuiciamiento, asistencia y protección a las víctimas, cooperación policial y judicial etc.*²⁹.

28 JUAN GOBBI, Hugo. "El Sujeto Individual en el Derecho Internacional Contemporáneo". *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, n. 2, p. 102-114, Madrid, 1963. p. 103.

29 PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. *Tráfico de Personas y Inmigración Clandestina: Un Estudio Sociológico Internacional y Jurídico-Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 51.

O *Conceito Trabalho Escravo*, tanto que será objeto de discussão no Congresso Nacional, tanto que é objetivo é a (re)discussão do que se plantea o artigo 149 do Código Penal. Daí ser importante frisar a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, de 4 de setembro de 1956. Para tal convenção, é fundamental extrair com vistas à delimitação da proposição sob foco nesta investigação acadêmica: escravidão para o referido convênio significa “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos os atributos do direito de propriedade ou qualquer um desses”. Sobre o referido conceito, em importante nota Velasco Vallejo (1994, p. 642) esclareceu todos os aspectos por ele abrangidos:

Dicho concepto ha sido ampliado por el convenio suplementario a otras instituciones o prácticas análogas, como la por deudas, los siervos de la gleba, la compra de mujeres, la transferencia lucrativa o no lucrativa de una persona, su transmisión al sucesor jurídico del esposo después de la muerte de éste y la cesión de niños y jóvenes a terceros para explotar su capacidad de trabajo. (Art. 1 del convenio suplementario). La “trata” queda prohibida por los arts. 3 y 4, los Estados se comprometen cohibir cualquier práctica análoga y a perseguir penalmente a los infractores. Instrumento eficaz de la lucha contra la trata de esclavos son las prescripciones de los arts. 13 y 222 del Convenio de Ginebra. (...). De un punto de vista distinto y al considerar el trabajo forzado como una figura afín a la esclavitud, debemos reseñar los esfuerzos de la O.I.T para su abolición. Preparados bajo sus auspicios encontramos la Convención relativa a la abolición del trabajo forzado de 15 de junio de 1957³⁰.

Portanto, os direitos humanos plasmados na era moderna, e posteriormente concebidos após as revoluções, notadamente a Francesa e Americana que, irradiando para outros povos seus postulados, e os Tratados e Convenções Internacionais sobre a escravidão, são a pedra de toque para se erradicar esta chaga existente no Brasil em relação à temática da escravidão nas fazendas de gado no sudeste e sul do Pará.

O Estado do Pará é o campeão do desmatamento na região. Uma matéria publicada no jornal *O Liberal*, de 18 de julho de 2013, revelou um dado assustador. Segundo o **Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia** (Imazon), a degradação florestal no Estado aumentou 42% em 12 meses. Isto representa 184 quilômetros quadrados, evidenciando um aumento de 437% em relação a junho

30 VELASCO VALLEJO, Manuel Díez de. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 642-643.

de 2012. A incidência maior foi no Estado do Pará, com 42%; em segundo o Amazonas, com 32%; depois Mato Grosso, com 18%, e Rondônia, com 5%.

No caso dos empregados das fazendas de gado encontrados, não há transporte regular para as cidades, privando os trabalhadores de um dos direitos fundamentais, que é o lazer. Na verdade, os trabalhadores labutam de sol a sol sem qualquer descanso. Confirma-se aqui um dos pilares da OIT, diagnósticos para estabelecer a existência da escravidão qual seja: O *distanciamento geográfico*. Tal fato foi assegurado pelo Procurador Marcelo Oliveira quando afirmou: “*Havia ausência de transporte regular para a cidade, caracterizando cerceamento ao direito de locomoção dos trabalhadores, o que se dá também pela formação de dívidas*”³¹.

Nas fazendas de gado, a impunidade cresce. Normalmente, quando os Grupos Móveis de resgate chegam a essas propriedades, deparam-se às vezes com a fuga do “gato”, impedindo sua punição pelo aparelho estatal, como afirmado pelo Ministério Público Federal: “Tal prática, inerente à atividade produtiva da fazenda, portanto, a cargo do denunciado, foi auxiliada pelo ‘gato’ Jodelson, não denunciado apenas pela falta de elementos identificadores e por ter se evadido antes da fiscalização”³².

Conclui-se, portanto, que a extirpação do fenômeno escravocrata no Brasil passa por uma percepção deturpada e *míope* dos direitos sociais e, dentre eles, está o direito ao trabalho e ao Direito do Trabalho, seara em que, consequentemente, estão incluídas as garantias que o Estado dará para que o trabalho digno possa ser efetivado³³. Só que este direito ao trabalho é constantemente vilipendiado pelos escravagistas, os quais não dotam os trabalhadores de condições laborais dignas, tornando-os vítimas do sistema. O sistema governamental

31 Denúncia apresentada à Justiça Federal de Marabá. Acervo do doutorando, disponibilizado pelo Juiz Carlos Hadad, então titular da Vara da Justiça.

32 *Ibidem*. Acervo do doutorando da denúncia do Ministério Público Federal.

33 Neste particular demonstrado a atualidade do enunciado na Carta Pastoral de Dom Pedro Casaldáliga, onde em 1971, já denunciava a má distribuição administrativa, quando afirmou: A própria extensão dos municípios já é uma estrutura do desequilíbrio social. A distância da sede do Município traz consigo o máximo desinteresse e esquecimento por parte das autoridades, a impossibilidade de recurso e protesto por parte do povo. Há um só juiz de direito em toda a região e passamos até um ano sem juiz. São Felix ainda não é um município e certos meios interesseiros querem impedir a sua emancipação. A polícia local – frequentemente mandada para cá por castigo, vende-se com extrema facilidade aos poderosos do comércio ou das fazendas, usa e abusa do seu poder onipotente nos povoados, espanca e xinga e patrocina as imoralidades dos prostíbulos, as “deflorações” e outras irregularidades públicas.

deveria implementar ações agressivas para tal, como descreveu Benacerraf Pariente (1998, p. 79):

El problema se debe atacar por la raíz. Los derechos de las personas a la salud, a la educación y al trabajo, entre otros deben hacerse efectivos a través de políticas agresivas por parte del gobierno. Debemos considerar el gasto social como una inversión para el desarrollo: “el gasto social no tiene por qué hacerse a expensas de sacrificar el crecimiento económico; al contrario, bien entendido el primero, actúa como una palanca que impulsa y sostiene al segundo”³⁴.

Habermas (2003, p. 99 e 169) também se posicionou sobre o tema:

Esta sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e nos transmitem, a seguir, para a esfera pública política, são as vigas mestras da *democracia participativa*³⁵. A reconstrução do direito situa-se no plano de uma explicação do significado. Através do sistema de direitos, explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica. (...) os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda a associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos refletem-se a socialização horizontal dos civis, quase *in status nascendi*³⁶.

Daí, consolida-se um dos maiores desafios do sistema democrático de cunho material: Tentar diminuir as diferenças em relação à distribuição de renda, que se encontra concentrada entre a população economicamente mais abastada, em detrimento da população vulnerável.

Dados publicados pelo IBGE e reproduzidos pelo jornal *O Globo* demonstram que, desde 2001, o desemprego caiu, mas isso não significa melhora nas condições do trabalhador nas fazendas, que não foi atingido pelas regras do IBGE, segundo o

34 BENACERRAF PARIENTE, Lilian. “La Defensa de los Derechos Sociales”. *Anuario de Derecho de Universidad de Los Andes*, n. 20, p. 73-86, Mérida, 1998. p. 79.

35 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 99.

36 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 169. Em Itálico.

qual a renda do mais rico (parcela de 1% da população) cresceu nos últimos anos mais do que a parcela pobre da população, aumentando a desigualdade.³⁷

Para piorar, há também um sensível desnível, pois não existe mão de obra qualificada para os trabalhadores nas fazendas de gado, o que provoca a “corrida” por empregados sem as mínimas condições, sujeitando-se às adversidades encontradas.

Nos dados encontrados pelo IBGE, publicados por *O Globo*, o programa de transferência de renda – *in casu*, o *Bolsa Família*, do Governo Federal – expandiu-se, aumentando o número de famílias, mas a renda dos mais ricos também cresceu³⁸. Ou seja, o objeto desta pesquisa foi atingido de forma mínima pelo programa do Governo Federal, no que tange aos trabalhadores nas fazendas de gado. Mesmo com o aumento de pessoas abrangidas pelo referido programa, isso não foi o suficiente para estancar os índices elevados do trabalho escravo no país.

Como visto, sendo o trabalho escravo decorrente de problemas multifaciais, dentre eles a grande concentração de terras irregulares e fraudulentas, começou-se, mesmo que minimamente, a agir sobre a problemática. Registre-se que outros órgãos também devem fazer parte deste esforço, como o Iterpa, em nível Estadual, e o Incra, em nível Federal.

Sem dúvida que a *grilagem de terras*, o *desmatamento* e a *miséria* são frutos de uma nova modernidade³⁹. Esta afeta as instituições de todas as formas, e em especial a problemática da grilagem tem permeado sobremaneira o Brasil e, particularmente, o Estado do Pará. O dinamismo social é a pedra de toque no Estado Democrático de Direito e a prática escravagista também tem sofrido suas mutações, como enfatizado por Giddens (1997, p. 9):

37 A referência se faz dois anos da posse do Presidente Lula, demonstrando como o quadro se desenhava. O que de fato está comprovado é que a atividade escravocrata está intimamente ligada às condições dos trabalhadores, ou seja, quanto maior o desemprego e as condições de vida forem insatisfatórias, mais possibilidades de trabalhadores serem aliciados para o trabalho escravo.

38 Fonte: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/>. Acesso em: 23 de outubro de 2013, às 8h30.

39 Dom Pedro Casaldáliga em sua Carta Pastoral destacou que: “Aos católicos latifundiários que escravizam o povo de nossa região – eles mesmos alienados, muitas vezes pela convivência interessada e cômoda, de certos elementos eclesiásticos- pediríamos, se nos quisessem ouvir, um simples pronunciamento entre sua fé e o seu egoísmo. Não se pode servir a dois senhores. Não adiantará “dar cursilhos” em São Paulo, ou patrocinar o “Natal” do pobre e entregar esmolas as “Missões”, se fecham os olhos e o coração para os peões escravizados ou mortos nas suas fazendas e para as famílias de posseiros que os seus latifúndios deslocam num êxodo eterno ou cercam sadicamente fora da terra necessária para viver”. Anexo II da tese de doutoramento.

*Las instituciones modernas difieren de todas las formas anteriores de orden social por su dinamismo, el grado en que desestiman los usos y costumbres tradicionales y su impacto general. No obstante, no se trata de meras transformaciones externas: la modernidad altera de manera radical la naturaleza de la vida social cotidiana y afecta a los aspectos más personales de nuestra experiencia*⁴⁰.

Portanto, com referência aos direitos dos trabalhadores nas fazendas, reduzidos à escravidão, seus direitos sociais e culturais têm sido negados pelo Estado quando não cumpre a sua parte concernente ao emprego de políticas públicas adequadas. A erradicação do trabalho escravo bem como sua detecção ficam praticamente imperceptíveis quando não se praticam as ações necessárias, dentre elas a punição do agente escravocrata em razão do crime praticado⁴¹.

Dentre essas propostas de erradicação da prática escravagista, propôs a Carta de Marabá a inclusão e o aperfeiçoamento da “lista suja”,⁴² indicando aqueles que praticam o trabalho escravo em suas propriedades, não permitindo que recebam incentivos do Governo Federal e fazendo com que haja bloqueio de recursos em andamento quando detectada a escravidão⁴³. A problemática encontra-se formada já que vários atores que referendam a escravidão. Louva-se a atitude do Congresso Nacional em aprovar a PEC 438 à unanimidade no Senado Federal⁴⁴.

40 GIDDENS, Anthony. *Modernidad y Identidad del yo. El yo y la Sociedad en la Época Contemporânea*. Traducción de José Luis Gil Arístu. Barcelona: Península, 1997. p. 9.

41 Sobre a afirmação de punição para os escravagistas, manifesta-se aqui adesão ao pensamento de Peces-Barba quando este afirmou: “Os direitos nos protegem contra-ataques não justificados podem ser feitos por meio do direito penal, quer dizer por sanções negativas, aplicando pena. Estamos a afirmar de que a erradicação do trabalho escravo se fará por meio de aplicação de políticas públicas para promover uma igualdade e, de combate a desigualdades instrumentais derivadas da necessidade de satisfação das necessidades desses grupos vulneráveis. São direitos econômicos, de seguridade social, de educação, esses direitos derivam de um processo de especificação. Exige, portanto, um esforço coletivo de todos os atores do processo para a transformação. Todavia, quando o fato “trabalho escravo” ocorre, deve-se aplicar o direito penal”, todavia não esquecendo os direitos humanos.

42 A “lista suja” deve ser implementada de maneira efetiva para que a consecução em torno da erradicação do trabalho escravo tenha êxito. A Carta de Marabá, exporta a integrar o IBAMA, as Secretarias Municipais do Meio Ambiente e/ou a Sema/Pa, nas ações de fiscalização, tendo em vista o vínculo – conexão delitiva – existente entre o trabalho escravo e diversas infrações ambientais, como o desmatamento ilegal e o funcionamento de atividade lesiva ao meio ambiente sem autorização legal (atividade de carvoejamento), dentre outros delitos. Destaca-se mais uma vez que a atividade escravagista está intimamente ligada ao desmatamento da região.

43 Carta de Marabá, disponível nesta tese nos anexos.

44 A matéria ainda depende de regulamentação.

A perspectiva futura não é animadora já que os dados do IDH apontam melhora insensível na mobilidade dos trabalhadores nas fazendas de gado, tornando ainda uma grande parte delas presas fáceis na mão dos escravagistas.

A única diferença da escravidão de ontem para a executada no século XXI, é que, no passado, a escravidão tinha previsão legal. Hoje, embora ela não exista mais no ordenamento jurídico nacional, sua prática ainda persiste. Esse tipo de escravidão na sociedade brasileira revela um contexto extremamente desigual. Foi detectado o sistema *truck system*, por intermédio do qual se comprovou a venda de produtos para os trabalhadores, de artigos de primeira necessidade aos equipamentos de trabalho a eles fornecidos, o que foi confirmado pelos depoimentos⁴⁵.

Giddens (2009, p. 299) observou: “*La esclavitud es una forma extrema de desigualdad en la que unos individuos son propietarios, literalmente, de otros. Las condiciones legales de la propiedad de esclavos han variado considerablemente en las diferentes sociedades*”⁴⁶.

No Estado Democrático de Direito, o debate centra-se na questão do poder, refletido de forma legítima, de maneira que todos possam ter os direitos e garantias individuais afirmados. Todavia, na presente tese, verificam-se os postulados da democracia abalados pela presença da prática escravagista que persiste, sem sinais de que sua erradicação possa estar próxima.

Os locais de habitação nas fazendas são os piores possíveis, desprovidos de quaisquer direitos básicos que tem um cidadão segundo a constituição brasileira. Na fazenda de C. R., em São Félix do Xingu, percebe-se o estágio de penúria em que viviam os trabalhadores quando da chegada dos Grupos Móveis de resgate. Na Figura 4, a seguir, é possível observar que o telhado é de palha e lona, propiciando tanto no verão como no inverno desconforto no mínimo aos trabalhadores.

45 Os depoimentos que confirmam a presente proposição encontram-se acostados nos anexos desta tese.

46 GIDDENS, Anthony. *Sociología*. Traducción de Francisco Muñoz de Bustillo. 5. ed. Madrid: Alianza, 2009. p. 299.

Figura 3 – Local de moradia de trabalhador rural na Fazenda C. em São Félix do Xingu



Fazenda C, de C. G. R.

Atividade: criação de bovino para corte. Fonte: acervo pessoal do autor.

Alguns aspectos próprios estipularão as regras de mercado pela divisão do trabalho, determinando as riquezas das nações e o bem-estar dos indivíduos. O que se vai encontrar nesse *jogo de xadrez* é um triste diagnóstico, pois muitos grupos, agindo com interesses próprios, com ânimo de lucro e egoísmo, não reconhecem o Contrato como único instrumento para a relação entre os homens e a propensão a comerciar, traficar e intercambiar⁴⁷.

Os direitos humanos têm importância singular dentro do contexto mundial. Não há dúvidas quanto à necessidade de um discurso de direitos humanos, por meio do qual os direitos do homem devem ser reconhecidos e afirmados pelas nações soberanas, fomentando políticas públicas destinadas a diminuir as desigualdades sociais entre os indivíduos e pugnando por uma vida digna a todos os homens.

Aliás, “vida digna” inexistente entre os trabalhadores nas fazendas diante das condições encontradas pelos Grupos Móveis, que são as piores possíveis. Como

47 A tradução é livre de Peces-Barba. De fato, depois da análise feita por Adam Smith, verifica-se que tudo está centrado pela ideia de lucro dos escravagistas, que desrespeitam direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores que por eles são “contratados”. Destaca-se a antítese da solidariedade com a aproximação econômica e de qualquer sentido moral e a disparidades de autores sobre o tema. Suthey, Byron, Carlyle, Dickens, Disraeli e Engels rechaçaram a ideia com veemência.

demonstrado nas fotos registradas na Fazenda C., a água consumida pelos trabalhadores encontra-se contaminada, propiciando toda sorte de doenças. Difícil acreditar numa política de aproximação de direitos quando existem trabalhadores vivendo nessas condições no Brasil.

Na ação do Grupo Móvel, em 2009, a situação dos trabalhadores era tão deplorável que consumiam água contaminada do poço próximo às habitações. Todos os trabalhadores encontravam-se doentes devido à contaminação da água.

O Direito dos trabalhadores não são respeitados e consequentemente quebrado está a vigência dos direitos humanos, havendo descompasso entre os predicados de democracia convivendo no mesmo espaço com práticas escravagistas.

Conclusões

Atualmente, sua prática e persistência são perceptíveis e efetuadas por um grupo de escravagistas e, mesmo tendo desaparecido no aspecto legal, continua em franca atividade de forma clandestina e sub-reptícia dentro de um sistema de trabalho degradante, baseado na *servidão*, na *retenção de documentos* e no *distanciamento geográfico*, na *segurança armada* e na *privação da liberdade*.

Outro fator que favorece a manutenção da escravidão é a falta de políticas preventivas fiscalizadoras por parte do Governo. Observou-se que não se levam a cabo ações de inspeção apropriadas, se não existe a “denúncia” potencializando-se a sensação de impunidade o número insuficiente de agentes, auditores, procuradores e juízes para conter o grave problema. As ocorrências são feitas pela CPT, que encaminha as demandas as instâncias formais de controle.

A percepção dos implicados sobre a natureza ilegítima da prática escravista é quase nula, apesar da negação da liberdade que supõe a escravidão. Observou-se que os métodos de controle são ineficientes. A escravidão é combatida de modo interno com a aplicação do artigo 149 do Código Penal Brasileiro e com a sobreposição de multas e indenizações, chegando-se à conclusão de serem insuficientes, dado o recrudescimento do fenômeno escravagista. E com o agravante de, acrescido aos pilares sobre a escravidão – *servidão por dívidas*, *distanciamento geográfico*, *segurança armada* e *retenção de documentos* e *privação da liberdade* – ter sido verificada uma variação acentuada da *segurança armada*. Detectada em 26,7%, sua presença, segundo depoimento dos escravizados, dava-se para a proteção da propriedade de invasores de terra, porém, quando encontrada, servia para a intimidação e a coação dos trabalhadores.

O recrutamento dos trabalhadores nas fazendas se leva a cabo majoritariamente pelo agente denominado “gato”, correspondendo a 67,9% de todo o contingente de escravizados. Comprova-se que, ainda no século XXI, os trabalhadores são facilmente seduzidos por propostas de “trabalho”, em face das condições em que vivem, tanto que alguns escravizados foram vítimas várias vezes do mesmo processo, ora trabalhando para o mesmo fazendeiro, ora em outras propriedades.

A remuneração dos operários é feita sempre pelo serviço total, recebendo o trabalhador adiantamentos pelo trabalho executado, sempre descontado da alimentação e das despesas com viagens. A maioria dos casos, sendo impossível determinar a área total a ser trabalhada, corresponde a 63,6% de todos os trabalhadores alcançados na presente pesquisa. O “peão”, muitas vezes, não recebe os valores previamente combinados pelo seu trabalho, mas acaba submisso, fruto do medo e da dificuldade de fuga das fazendas – quando é possível ocorrer, ele sai da propriedade de carona, alguns em carro de leite ou, mesmo, a pé em grandes latifúndios.

Os discursos pronunciados pelo ex-Presidente Lula nos dois mandatos, bem como pela Presidenta Dilma Rousseff em seus dois anos de Governo, comprometendo-se a erradicação da pobreza e a melhora de condições de vida aos brasileiros, não tiveram aplicação substantiva na erradicação do trabalho escravo nas fazendas de gado, segundo se comprova neste texto.

As causas mais estendidas da escravidão nas fazendas é a *servidão por dívidas* e a *retenção de documentos*, aspectos responsáveis por 83,3% de todo o contingente investigado, confirmando os pilares da OIT. A maior concentração de trabalhadores encontra-se no Estado do Tocantins, representado por 34,4% do total desta investigação. A conclusão a que se chega é que são os fatores adversos nos locais de origem e a facilidade de se encontrar mão de obra nessas regiões, onde os trabalhadores estão desempregados e sem alternativa, que favorecem a migração.

O baixo número de multas e as ínfimas indenizações recebidas pelos escravizados liberados, junto com a ausência de confiscação de terras, intensificou a sensação de impunidade no Brasil.

O instituto da escravidão como conceito jurídico é largamente comprovado, posto que, no conceito jurídico aqui adotado, houve o cerceamento da *liberdade* dos trabalhadores por meio da proibição de deixarem a propriedade até que toda a “dívida” seja paga. Esta proibição se reflete pela privação da liberdade, pela retenção de documentos, pela servidão por dívidas, além da segurança armada em menor escala. Há evidente coação psicológica dos trabalhadores, e

o distanciamento geográfico agrava a situação. Algumas fazendas distavam do centro urbano mais de 180 quilômetros, não sendo fornecido pelo escravagista transporte adequado aos trabalhadores.

Verificou-se também que a principal atividade desenvolvida nas propriedades é a pecuária, responsável por 86,7%, comprovando que esta atividade está umbilicalmente ligada ao desmatamento na região, o que provoca o aumento considerável da devastação e a destruição das espécies da região amazônica.

A violência de gênero foi detectada na presente investigação, correspondendo a mulher a 2,9% do total de escravizados. Elas desempenham atividades laborais na cozinha e na arrumação do acampamento. Algumas acompanham seus maridos e filhos. Aliás, a presença de crianças encontradas corresponde a 2,6%.

A aprovação da PEC 438 no dia 27 de maio de 2014, foi fundamental e importante para o combate a escravidão em terras paraenses. A baixa incidência de multas, as poucas indenizações e o fato de não haver o confisco das terras dos escravagistas aumenta a impunidade no Brasil.

Louvável a atuação da CPT e da DRT nos Estados e do grupo de pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O acervo de grande monta tornou os dados confiáveis, subsidiando os agentes das instâncias formais de controle na instauração dos procedimentos adequados para a punição dos escravagistas.

Com o diagnóstico pronto, verificou-se que a erradicação do trabalho escravo só se dará com políticas públicas de qualidade, tais como: após o resgate, propiciar ao trabalhador qualificação nos seus locais de origem; promover a implantação de programas agrícolas de sustentabilidade local que permitam ao indivíduo escoar sua produção e, com isso, auferir renda; favorecer o incremento de melhores condições de vida nos municípios; implementar a criação de escolas e projetos profissionalizantes, permitindo ao trabalhador permanecer em seus municípios sem a necessidade de migração à procura de trabalho.

Acredita-se, finalmente, que a prática escravagista, com todas as suas características e incidências nas fazendas de gado no sudeste e sul do Pará, deve sair do plano de uma mera transgressão penal e entrar para o rol de questões atentatórias à dignidade humana, sendo, portanto, de planificação internacional, pois a violação às prerrogativas dos trabalhadores, permitindo que sua liberdade seja cerceada por todos os motivos detectados nesta investigação acadêmica e aqui apresentados, constituem na verdade atos contrários aos direitos humanos. Assim, as violações dos direitos dos trabalhadores escravizados se compreenderiam como atentados contra os *direitos humanos*, que o Estado está obrigado a garantir.

Enquanto não forem aprovadas proposições efetivas para a erradicação do trabalho escravo, no Brasil infelizmente continuará a existir com uma lamentável dicotomia negra na sua história contemporânea: o “*regime democrático*” e a “*prática escravagista*” convivendo em espaço comum, e a presença desta última provocando a derrocada dos postulados de “liberdade”, “igualdade”, “fraternidade” e “solidariedade”.

A exigência do depósito recursal na justiça do trabalho como ofensa direta aos princípios constitucionais processuais e à função social e preservação da empresa

Priscilla Lopes Cabral

1. Introdução

O presente trabalho visa demonstrar que a instituição e exigência do depósito recursal como condição para interposição do recurso constitui-se uma afronta direta à Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, a alguns princípios processuais, uma vez que podem ser mitigadas as condições de discussão da matéria pelo empregador em razão desta condicionante.

O depósito recursal como pressuposto de admissibilidade na Justiça do Trabalho gera grande desproporcionalidade na lide, especialmente aos empregadores domésticos, micro e pequenas empresas, justamente por estes não possuírem desigualdades econômicas homéricas em relação aos empregados, de forma a terem um obstáculo previamente constituído na defesa de seus direitos e interesses.

Urge salientar que o presente artigo tem ainda como escopo traçar alguns aspectos sobre a criação deste obstáculo, apontando critérios e possibilidades para a concessão de sua isenção àqueles que podem ter um cerceamento de defesa quando da impossibilidade de preenchimento deste requisito.

Não é, de modo algum, o propósito deste estudo esgotar o assunto, mas sim trazer algumas reflexões sobre a ofensa à Constituição da República e seus princípios com a instituição do depósito recursal, baseando-se em algumas definições doutrinárias e ponderações relevantes.

2. O sistema recursal trabalhista

2.1. *Princípios Constitucionais Processuais*

Inicialmente pode-se dizer que princípio é onde algo começa. É o início, a origem, o começo, a causa. Dessa forma, aplicando-o ao Direito, compreende-se a importância e relevância, uma vez que são as proposições básicas e fundamentais que condicionam as estruturas subsequentes. São, portanto, os alicerces desta ciência.

Constituem a base necessária ou a própria condição de toda afirmação e de todo conhecimento. Neste sentido, são anteriores a todo conhecimento propriamente dito.

Martins (2008, p. 37) mostra que "Os princípios são as proposições básicas que fundamentam as ciências, informando-as e orientando-as. Para o Direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas".

Os princípios constitucionais processuais são de suma importância para a tese que aqui pretende se perfilar, pois irão nortear e embasar, em nível lógico, as regras de raciocínio necessárias à construção da mesma. São eles: os Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, da Inafastabilidade da Jurisdição e do Duplo Grau de Jurisdição.

2.1.1. *Princípio do Devido Processo Legal*

Este princípio é um dos mais importantes, pois, alguns princípios, inclusive pertinentes ao tema, encontram sua base legal neste. Podemos citar: acesso à justiça, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e ampla defesa.

Não sem razão, abalizada doutrina cunha o devido processo legal não como um dos tantos princípios do processo, senão que "a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam"¹.

1 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 79. A importância da cláusula do devido processo legal é tão acentuada que Humberto Ávila a enquadra como um dos princípios "estruturantes", assim considerados aqueles que "não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias" (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 134).

A vetusta diretriz do *due process of law* constitui uma genuína cláusula geral, exurgindo como um direito fundamental de conteúdo complexo e de impressionante *variação de significado* a depender do contexto em que incidente².

O princípio do devido processo legal (*due process of law*), previsto na CF, expressamente no art. 5º, LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Em outras palavras, é o inafastável princípio do direito processual que preceitua a proteção aos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, se referem à vida, à liberdade e à propriedade, amplamente consideradas, sendo certo que o Poder Judiciário deve apreciar as lesões e ameaças a estes, resguardando o direito de todos a buscar e obter a tutela jurisdicional.

Sob a ótica estritamente processual, o devido processo legal trata-se da possibilidade efetiva da parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível. Ele, por sua vez, não visa questionar a substância ou conteúdo dos atos do Poder Público, mas assegurar o direito a um processo regular e justo.

Em sua essência, o devido processo legal constitui garantia contra o exercício abusivo do poder, sendo uma das projeções do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista seu intuito de tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da totalidade dos direitos fundamentais³.

Ele, portanto, é uma das bases principais que irá resguardar ao polo passivo da lide trabalhista – em regra o empregador, um processo justo, em que possíveis lesões e ameaças sejam apreciadas através de todos os meios e em todas as instâncias disponíveis na esfera processual trabalhista.

2.1.2. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

A Constituição Federal de 88, através do art. 5º, LV, prevê “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

2 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 14ª edição. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 46 e 48.

3 MARANHÃO, Ney. Eficácia horizontal do *due process* laboral – Reflexões sobre o Direito Fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. – vol. 47, n.92 (jan./jun.2014) Belém: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, 2014.

Logo, é expressa no texto constitucional, esta garantia fundamental de justiça, segundo a qual ambas as partes da relação jurídica processual devem ter a oportunidade de apresentar suas razões ao juízo, com o objetivo de influir no seu convencimento, inclusive com os meios de recursos a ela inerentes.

A palavra recurso contida no inciso LV do art. 5º da Constituição não significa apelo propriamente dito, mas um conjunto de medidas ou meios indispensáveis para o exercício da Ampla Defesa e do Contraditório.

O Princípio do contraditório reflete a necessidade de se ouvir os litigantes, assegurando-lhes o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante o curso do processo. Como complemento dele, o princípio da ampla defesa sintetiza uma particular manifestação do direito de reação, ou seja, de aduzir livremente as razões da resposta, da produção de provas e contraprovas, da participação da colheita das provas em audiência, do direito de usar dos recursos, etc.

Em outras palavras, o contraditório é o direito de manifestação. Ele oportuniza às partes litigantes que estas se pronunciem nos autos expondo a sua verdade dos fatos – e embora soe redundante, contradizendo a parte contrária. Enquanto que a ampla defesa são os meios como isto poderá ocorrer durante o curso do processo. Pode-se dizer, com isso, que é do contraditório que nasce a oportunidade de ampla defesa.

Vislumbra-se claramente que a Constituição da República, através desses princípios, resguarda às partes litigantes o direito de se defender amplamente, inclusive prevendo de forma expressa o recurso que a eles são inerentes.

2.1.3. Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição

Por este princípio, também denominado de princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o órgão jurisdicional não pode recusar a aplicação do Direito, como também a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, assim dispõe a CF/88 em seu art. 5º, XXXV.

Percebe-se que este princípio tem principal destinação ao legislador, uma vez que não se pode impedir qualquer pessoa de possuir acesso ao Judiciário para a proteção dos seus direitos e interesses.

Para Nery Junior⁴, após o advento da CF/88, o Brasil retornou à normalidade institucional:

4 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal, 10. Ed., p. 175.

[...] todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicional for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.

Se faz cristalino o entendimento de que todos têm direito a tutela jurisdicional adequada, ainda mais se tratando de princípios e normas legais disponíveis, como no caso dos recursos.

Exigir do empregador o depósito recursal, como pressuposto de admissibilidade para interposição do recurso, é uma espécie de condicionante para se obter a efetiva tutela jurisdicional. Insta ressaltar que em alguns casos esta condicionante pode ser insuperável, afastando, dessa forma, a possibilidade do empregador ver sua lesão ou ameaça a direito reapreciada.

2.1.4. Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

O princípio em tela versa, em regra, sobre a possibilidade de as partes recorrerem a uma instância superior quando a decisão atacada lhe for desfavorável. Ou seja, implica a possibilidade do reexame de uma demanda pela instância superior, mediante interposição de recurso em face da decisão do órgão de instância inferior.

Assim, conclui-se que, o princípio do duplo grau de jurisdição disponibiliza a possibilidade, pelo menos, de julgamento em duas instâncias (judicial ou administrativa, conforme o caso), bem como o atinente recurso que garanta às partes a devolução da matéria apreciada à instância superior.

Apesar da denominação empregada "duplo grau de jurisdição", há a possibilidade de uma pluralidade de graus de jurisdição. Atendo-se à Justiça do Trabalho, o primeiro grau é a Vara, o segundo grau o TRT, o terceiro grau o TST, e o quarto grau ou grau especial, o STF. Logo, não há apenas duplo grau de jurisdição, mas uma pluralidade de graus de jurisdição.

Na Constituição de 1824, em seu art. 158, havia previsão deste princípio, o que não ocorre na Constituição vigente. Porém, apesar de não ser considerado um princípio constitucional, por não haver previsão expressa na Constituição Federal de

1988, é um princípio decorrente do Princípio do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, ambos previstos na Carta Magna. E, como dito alhures, ainda que não haja previsão expressa, é decorrente de legislação ordinária, pois a ampla defesa, através dos meios e recursos a ela inerentes, também irão decorrer da legislação ordinária.

Insta salientar, quanto ao amparo legal, que mesmo não havendo a previsão legal expressa, há divergência doutrinária acerca deste princípio, havendo duas correntes acerca do assunto. Parte da doutrina entende que este princípio está em patamar constitucional, enquanto a segunda corrente tem entendimento oposto, colocando este princípio como simples regra de organização judiciária.

Porém, independente da corrente doutrinária majoritária, ambas defendem que aos litigantes são assegurados o contraditório e ampla defesa, o que incluem os recursos e, portanto, o duplo grau de jurisdição, sendo recorríveis, no processo trabalhista, as decisões proferidas em sentenças, monocráticas ou acórdãos.

Entretanto, cumpre observar que o sistema processual trabalhista vigente diz comportar exceções à aplicabilidade deste princípio, como por exemplo, nas chamadas causas de alçada, ou seja, quando o valor fixado para a causa não ultrapassar dois salários mínimos (Rito Sumário) não haverá nenhum recurso, salvo se versarem matéria constitucional, conforme art. 2º, § 4º da lei 5.584 de 26 de junho de 1970, onde se lê, *in verbis*:

Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação.

É oportuno observar que mesmo se tratando de uma exceção, esta mesma “exceção” prevê o reexame quando versar sobre matéria constitucional, garantindo assim o duplo grau de jurisdição.

Coadunando com a previsão expressa da possibilidade de recurso no art. 5º, LV, da CF, este princípio irá oportunizar à parte sucumbente que sua matéria seja devolvida à instância superior.

2.2. Conceito e Objetivo do Recurso

O Recurso é a provocação do reexame de determinada decisão pela autoridade hierarquicamente superior, em regra, ou pela própria autoridade prolatora da decisão, objetivando a reforma ou modificação do julgado⁵.

5 SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. Processo do Trabalho, 10ª ed., p. 276.

Dessa forma, pode-se dizer que, o recurso é o remédio processual concedido às partes, ao terceiro prejudicado ou ao Ministério Público, objetivando que a decisão impugnada seja submetida a novo julgamento, ordinariamente, pela autoridade hierarquicamente superior àquela que proferiu a decisão.

Moreira (2003, p.233) afirma que “recurso é o remédio voluntário idôneo que enseja, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”⁶.

O recurso traduz-se, com certeza, num meio de impugnar as decisões judiciais, ao lado da ação rescisória, com a diferença de que esta última visa a desconstituir a coisa julgada material, enquanto o recurso tem como pressuposto a inexistência do trânsito em julgado da decisão.

Seria, portanto, um direito subjetivo processual, atuando como espécie de extensão do próprio direito de ação já exercido.

No sentido jurídico, recurso é o meio processual estabelecido para devolver a matéria impugnada, ou seja, provocar o reexame de determinada decisão, visando a obtenção de sua reforma ou modificação.

Nas palavras de Valentim Carrion o “Recurso é a pretensão de reexame da causa, em regra por outro órgão, diverso do anterior, com o fim de que a sentença seja reformada ou tornada sem efeito”⁷.

2.3. Pressupostos de admissibilidade

Os pressupostos de admissibilidade ou recursais são os requisitos indispensáveis para que a interposição do recurso seja considerada válida, ou seja, para que o recurso seja processado no juízo *a quo* e conhecido no juízo *ad quem*.

São classificados em subjetivos (intrínsecos) ou objetivos (extrínsecos). Os pressupostos subjetivos são pertinentes àquele que apresenta o recurso, enquanto os objetivos são relativos ao próprio recurso.

Considerados matéria de ordem pública, os pressupostos de admissibilidade devem ser analisados de ofício, vez que visam evitar, de certa forma, os prejuízos causados pela morosidade processual, bem como a litigância de má fé, através da interposição de recursos protelatórios.

6 COSTA, Coqueijo. Direito Processual do Trabalho, 4ª ed., pp. 457-458.

7 CARRION, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 19ª ed., p. 700.

2.3.1. *Pressupostos recursais subjetivos ou intrínsecos*

Os pressupostos subjetivos, também conhecidos como intrínsecos, são aqueles que dizem respeito aos sujeitos da relação processual, quais sejam, as partes e o juiz.

Considerando não serem estes de grande relevância para a problemática aqui abordada, a explanação será sucinta de forma a permitir o entendimento quanto à necessidade de adequação para interposição do recurso.

Quanto aos pressupostos relativos ao juiz, cumpre mencionar a investidura, a competência e a imparcialidade. E, quanto aos pressupostos relativos às partes, há a legitimação, a capacidade e o interesse.

Em princípio, possui legitimação para recorrer quem é parte na relação jurídica processual (trabalhador, empregador, empreiteiro, tomador de serviços e etc). Pode, ainda, o terceiro prejudicado interpor recurso, desde que demonstre o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial, e o Ministério Público do Trabalho nas ações em que funcione como representante da parte, por força do art. 793, da CLT.

A capacidade processual é pressuposto que deverá estar presente na ocasião da interposição do recurso, sendo certo que ao tempo da interposição do recurso faltar capacidade jurídica à parte, esta deverá ser representada por um curador, na forma da lei.

E, por último, o interesse de agir. No que tange a recorribilidade de uma decisão, está diretamente ligado à sucumbência.

2.3.2. *Pressupostos recursais objetivos ou extrínsecos*

Os pressupostos objetivos ou extrínsecos são aqueles que, como já dito anteriormente, dizem respeito ao próprio recurso. São eles: a recorribilidade do ato; a adequação; a tempestividade; o preparo; a sucumbência; a fundamentação; e a regularidade procedimental.

A recorribilidade do ato é o primeiro exame incumbido ao juízo de admissibilidade, sob este aspecto objetivo, pois, não cabe recurso contra despachos nem contra as decisões interlocutórias no processo do trabalho, salvo quando estas últimas forem “terminativas” (Súmula 214 do Tribunal Superior do Trabalho).

No pressuposto adequação, a parte deve utilizar o recurso cabível contra a decisão atacada. Porém, registra-se o princípio da fungibilidade do recurso que,

ainda que seja interposto um recurso com má adequação, e que este erro não seja grosseiro, o apelo mal formulado será recebido como correto. Sua adoção no processo do trabalho justifica-se à luz do princípio da simplicidade e instrumentalidade das formas, aliado ao fato de que na Justiça do Trabalho prevalece o *jus postulandi* das partes (art. 791 da CLT), cumprindo destacar que a Súmula 421 do TST e a Orientação Jurisprudencial nº 69 da SDI-II, também do TST, aludem expressamente a esse princípio.

A tempestividade do recurso está intimamente ligada ao prazo concedido para a interposição do apelo. Deve-se se respeitar e atentar aos prazos estabelecidos para cada recurso conforme dispositivos legais.

Em relação à fundamentação, parte da doutrina entende que os recursos não dependem desta – face ao art. 899, da CLT “Os recursos serão interpostos por simples petição...”. Entretanto, este não é um entendimento que tem sensibilizado a jurisprudência, sob argumentos de que a interposição dos recursos dispensa maiores formalidades, mas deve conter a fundamentação, sendo requisito indispensável para apreciação do mérito da pretensão recursal.

Sobre a regularidade procedimental, o advogado que subscreve o recurso deve possuir procuração nos autos. Importante observar que não obsta a parte, quando se utiliza do *jus postulandi*, de subscrever o recurso, no entanto, apenas ao limite do Tribunal Regional, sendo obrigatória a assistência de advogado nas instâncias superiores.

E, por último, o preparo recursal que, para este trabalho, possui maior relevância. Consiste na exigência de pagamento e comprovação das custas, pelo vencido, no mesmo prazo da interposição do recurso (art. 789, da CLT) e depósito recursal pelo empregador, quando for o caso (art. 899, da CLT).

A inobservância ou apresentação inadequada de um destes pressupostos importará no não conhecimento do recurso, ou seja, a matéria impugnada na peça processual nem será analisada.

2.4. Da deserção recursal pela ausência ou preparo inadequado no que tange o Depósito Recursal

Insta esclarecer que o preparo do recurso é o pagamento prévio das despesas com o seu processamento. No processo do trabalho este preparo consiste no pagamento das custas processuais e do depósito recursal.

O prazo para comprovação destes é o mesmo prazo do recurso a ser interposto, ou seja, a comprovação do recolhimento das custas e do depósito recursal deverão ocorrer no prazo recursal (Art. 789, §1º, da CLT e Súmula 245 do TST).

Por sua vez, se não houver preparo – comprovação do recolhimento das custas processuais e o depósito recursal, ou este for inadequado – os valores forem recolhidos a menor, o recurso não será conhecido por sua deserção.

Em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela EC 45/2004, o TST, através da IN 27/2005, dispôs sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho, com as seguintes regras no tocante à temática recursal: i) a sistemática recursal a ser observada é a prevista na CLT, inclusive no tocante à nomenclatura, à alçada, aos prazos e às competências; ii) o depósito recursal a que se refere o art. 899 da CLT é sempre exigível como requisito extrínseco do recurso, quando houver condenação em pecúnia; iii) aplicam-se quanto às custas as disposições da CLT, sendo que as custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão, ou na hipótese de interposição de recurso, as custas deverão ser pagas e comprovado seu recolhimento no prazo recursal.

As custas processuais deverão ser pagas pelo vencido, depois de transitada em julgado a decisão. Ou no caso de recurso, as custas serão pagas e comprovadas dentro do prazo recursal, como já mencionado exhaustivamente (art. 789, §1º, da CLT).

Criado inicialmente através do Decreto Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966 – Decreto atualmente revogado, o Depósito Recursal visa garantir o juízo para o pagamento de futura execução a ser movida pelo empregado, devendo ser efetuado na própria conta vinculada do FGTS do empregado (art.899, §4º, da CLT).

Por via de regra, e de acordo com o atual posicionamento do TST (IN 3/1993), o valor do depósito corresponde ao valor da condenação, observado o limite exigido para cada recurso. Alcançado o valor total da condenação, nenhum depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, exceto se o valor da condenação vier a ser ampliado. Da mesma forma, se o valor constante do primeiro depósito, efetuado no limite legal, for inferior ao da condenação, será devida complementação do depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação ou os limites legais de cada novo recurso.

Na Justiça do Trabalho é exigido nos seguintes recursos: recurso ordinário, recurso de revista, embargos no TST, recurso extraordinário, recurso adesivo (Súmula 283, TST), agravo de petição – na hipótese de não estar garantida integralmente a execução, e no agravo de instrumento⁸.

O depósito recursal é obrigatório somente em relação ao empregador que, vencido numa demanda trabalhista, opte por recorrer do julgado. Sendo certo também que só haverá depósito recursal quando houver decisão condenatória em que a empresa tenha sido condenada a pagar quantia certa (Súmula 161, TST), estendendo-se aos casos de interposição de recurso adesivo. Não havendo condenação em pecúnia, é desnecessário o depósito.

Carlos Zangrando diz que esta destinação exclusiva ao empregador está claramente exposta no art. 899, §4º, da CLT, quando determina que este depósito deverá ser efetuado na conta vinculada do FGTS do empregado. Além disso, o §5º deste mesmo artigo instrui no sentido de que, se o empregado ainda não tiver conta vinculada aberta em seu nome, a empresa procederá à respectiva abertura. Pois bem, o empregador não possui, e nem nunca possuirá, 'conta vinculada' ao FGTS. E, se interpretados os §4º e §5º do art. 899 da CLT conjuntamente, observa-se claramente a exigência do depósito apenas em relação ao empregador⁹.

É exigido ao empregador, quando de sua sucumbência e necessidade de interposição de recurso, a realização do depósito recursal, não podendo ser imposto ao empregado, mesmo que este sofra uma condenação por reconvenção.

Ainda sobre o assunto e utilizando-me das palavras do doutrinador Carlos Zangrando¹⁰:

Dessa forma, a primeira interpretação que se tem é: na reclamação trabalhista fundada na relação de emprego, o depósito recursal é devido apenas pelo empregador, se vencido e condenado em pecúnia. Portanto, não possui qualquer sentido a interpretação de que o depósito recursal

8 ATO nº 397/2015. Novos valores referentes aos limites do depósito recursal previstos no art. 899 da CLT: R\$8.183,06, no caso de interposição de Recurso Ordinário; R\$16.366,10, no caso de interposição de Recurso de Revista, Embargos e Recurso Extraordinário; R\$16.366,10, no caso de interposição de Recurso em Ação Rescisória.

9 ZANGRANDO, Carlos. Processo do trabalho: processo de conhecimento, t. II, 2009, p. 1451.

10 ZANGRANDO, Carlos. Processo do trabalho: processo de conhecimento, t. II, 2009, p. 1451.

seria exigível do ‘empregado’ recorrente que fora vencido na demanda, ainda que condenado em pecúnia, em relação ao empregador.

O depósito recursal, detentor da maior atenção ao tema perflhado, além de ser um pressuposto processual recursal objetivo de admissibilidade do recurso trabalhista, tem como principal finalidade ser garantidor de possível futura execução por quantia certa.

Importante a ponderação que o depósito recursal não tem natureza de taxa de recurso e sim de garantia do juízo para futura execução.¹¹ A medida teria, portanto, finalidade de assegurar o cumprimento futuro de eventual condenação até os limites estabelecidos.

Vale dizer, ainda, que o objetivo deste depósito visa, também, impor dificuldades à interposição de recursos protelatórios, de forma a inibir, por parte do empregador, a devolução da matéria à instância superior.

Por fim, a ausência do depósito recursal ou o preparo inadequado – recolhimento a menor do valor, inclusive por diferença de centavos – por parte do empregador, na interposição de um dos recursos elencados acima, fará com que haja perda do direito de ver a matéria rediscutida, uma vez que o recurso não será conhecido por sua deserção (OJ nº140/SDI-I do TST).

3. Da supressão ao direito de livre acesso à tutela jurisdicional

Inicia-se o tópico com os seguintes questionamentos: Será justo e constitucional que a falta de capacidade econômica do empregador para efetuar o pagamento do depósito significa que este possa ter vedado o seu direito a recorrer?

A legislação infraconstitucional pode suprimir os princípios constitucionais recursais, sendo estes norteadores e basilares para a norma?

Malgrado, a exigência de depósito prévio pode converter-se, na prática, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, nítida violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, da inafas-

11 Primeira, a natureza jurídica do depósito para rejeitar a interpretação de que é uma taxa de recurso e deixar claro que se trata de garantia do juízo recursal, que pressupõe decisão condenatória ou executória de obrigação de pagamento em pecúnia, com valor líquido ou arbitrado (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho, 24. Ed., p. 614).

tabilidade da jurisdição e do duplo grau de jurisdição, pois a obrigação de depositar quantia para ter direito a recorrer de uma decisão cria dificuldade àquele que busca a tutela jurisdicional para discutir um direito.

3.1. Da ofensa aos princípios constitucionais processuais

Juliane Gamba e Zélia Montal ensinam que a análise dos princípios no âmbito de qualquer ordenamento jurídico se mostra fundamental para a compreensão plena dos institutos jurídicos, sendo preocupação crescente dos juristas, pois a Constituição brasileira de 1988 evidenciou a predominância axiológica dos princípios os quais se converteram em verdadeiros alicerces de todo o sistema jurídico pátrio.¹²

Apesar de serem normas constitucionais, mais do que isso, de serem verdadeiros alicerces do sistema jurídico pátrio, os princípios constitucionais processuais sofrem supressão perante a Justiça do Trabalho sob o argumento de proteção aos desiguais – considerando ser o empregado parte hipossuficiente e frágil da relação processual, prevalecendo-se, esta jurisdição, do princípio da igualdade.

O referido princípio está previsto na CF/88, em seu art. 5º, *caput*, *in verbis*:

[...] **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

É de certo ainda, que este princípio, aplicado ao direito processual, busca a isonomia das partes, especialmente quando defende que “a verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.

A doutrina e jurisprudência assentam ao princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações menos favorecidas, os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes.

Ora, é justo que os desiguais sejam tratados na medida de suas desigualdades de tal forma que a concessão de benefícios busque igualar ou minimizar as

12 GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. *Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, rediscutindo paradigmas*. Revista Trabalhista: direito e processo. Ano 11, n. 41, p. 63.

diferenças, porém, há um erro grosseiro de aplicação da norma quando esta se faz com a supressão ou imposição de condicionantes à parte considerada menos frágil da relação. O objetivo do princípio deveria buscar um equilíbrio entre todos e não o contrário.

O dispositivo que aqui se contesta, qual seja, a obrigatoriedade do depósito recursal, importa cerceamento do direito à tutela jurisdicional.

Ao assumir o “monopólio” da jurisdição, é incumbido ao Estado garantir a todos aqueles que necessitam deduzir pretensão em juízo, independentemente de serem pessoas físicas ou jurídicas – empregados ou empregadores, a mais ampla, efetiva, adequada e tempestiva prestação jurisdicional, garantida pela Constituição da República, no art. 5º, XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Observando este princípio, da inafastabilidade da jurisdição, o legislador deveria ter mais cautela ao instituir lei ordinária que possivelmente gere impedimento de acesso ao judiciário para a proteção de direitos e interesses de qualquer pessoa, natural ou jurídica, que tenha sofrido lesão ou ameaça a direito.

Não obstante, é assegurado aos litigantes em processo judicial, e acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Princípio da Ampla Defesa e Contraditório – Art. 5º, LV, CF), corroborando com a garantia de um processo justo, por meio de um processo regular, onde ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (Princípio do Devido Processo Legal – Art. 5º, LIV, CF).

Ora, apesar de previsto em lei ordinária como um pressuposto de admissibilidade para a interposição de recurso, o depósito recursal é notadamente prejudicial à parte, que na Justiça do Trabalho aplica-se apenas ao empregador quando de sua sucumbência.

A Constituição Federal é lei suprema, a diretriz de todo o ordenamento pátrio, situando-se no topo. É inadmissível lei ordinária, portanto inferior, ferir esta instituição através de imposições, como a criação de obstáculos, qual seja, o depósito para fins recursais – muitas vezes intransponível.

Exigir um depósito pecuniário para que a parte possa interpor recurso, e assim ter a oportunidade de ver sua matéria reexaminada, é grave ofensa aos princípios constitucionais que garantem à ambas as partes a oportunidade de apresentar suas razões ao juízo, singular ou colegiado, com o objetivo de influir no convencimento e uma decisão justa, sendo desleal que apenas uma delas precise cumprir com requisitos abusivos para ver seu direito valer.

Este raciocínio se aplica ao Processo do Trabalho que deve respeitar os princípios constitucionais que o norteiam, pois suas violações implicariam também na ruptura de todo o sistema jurídico trabalhista.

Coadunando com este entendimento, há no Supremo Tribunal Federal uma ação originária de um Recurso Extraordinário (RE 607.447), com tema de repercussão geral, que discute a validade da exigência do depósito recursal como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário na Justiça do Trabalho (Tema 679).

Imperioso mencionar que há posicionamento sumulado quanto a inconstitucionalidade do depósito recursal em outras esferas do direito, a saber:

[...] **Súmula Vinculante 21.** É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. [...]

[...] **Súmula Vinculante 28.** É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. [...]

Deveras, até que a decisão transite em julgado, não é um direito constituído, pelo que não há em se falar em depósito recursal, ou, diga-se de passagem, antecipação da sentença.

Exigir este depósito do empregador, especialmente daqueles em sérias dificuldades econômicas, pode gerar grave e insanável dano, pois o reexame poderia discutir erros procedimentais que prejudicam a parte ou até mesmo julgamento errôneo da matéria.

É necessário garantir que a igualdade das partes seja efetivamente justa, bem como seja garantida a continuidade da relação processual, de forma que o acesso do empregador à justiça não seja suprimido, nem tampouco afastado face à imposição do depósito recursal.

3.2. A exigência do depósito recursal e a função social da empresa

A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso constitui obstáculo sério, e intransponível para considerável parcela da população, ao exercício de direito de recorrer, além de

caracterizar ofensa direta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório, da inafastabilidade da jurisdição e do duplo grau de jurisdição.

Neste diapasão, o depósito recursal ainda que possua função garantidora de juízo e vise evitar a interposição de recursos protelatórios por parte do empregador, pode se tornar um obstáculo para que os empregadores domésticos, micro e pequenos empresários em dificuldades econômicas, exerçam efetivamente o direito de amplo acesso à justiça previsto na Carta Magna.

É possível dizer que o depósito trata-se de mera antecipação da condenação, pois garantido o juízo, nenhuma outra importância será depositada (art. 899, §6º da CLT), ou seja: atingido o limite previsto na lei, nenhum outro valor deverá ser depositado¹³. E, como já dito alhures, o objetivo do depósito recursal não é o de impedir o recurso, mas também de dificultar a interposição de recursos protelatórios do feito e facilitar a execução da sentença¹⁴.

Torna-se imperioso mencionar que um dos grandes entraves para o exercício da cidadania é – e sempre foi – de ordem financeira, capaz de por si só impedir a pessoa, jurídica ou natural, de buscar tutela no Judiciário. Razão pela qual, fruto de sustentação bastante ampla, foi editada a Lei nº 1.060/1950 (que rege sobre a Assistência Judiciária) visando minimizar os efeitos desta ordem de impedimento e dificuldades.

Algumas objeções e críticas devem ser ponderadas a esta lei, pois o entendimento jurisprudencial majoritário defende que ela é destinada apenas à pessoa física, não podendo a pessoa jurídica se prevalecer de seus benefícios, independentemente de suas condições financeiras.

Neste contexto, urge denotar a função social da empresa que, engloba a ideia de que esta não deve visar somente o lucro, mas também preocupar-se com os reflexos que suas decisões têm perante a sociedade, seja de forma geral, incorporando ao bem privado uma utilização voltada para a coletividade, ou de forma específica, trazendo realização social ao empresário e para todos aqueles que colaboraram para alcançar tal fim.

O Princípio da Função Social da Empresa é previsto pelo ordenamento legal e está inserido no bojo da Constituição Federal, no seu Art. 5º, inciso XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28ª Ed., p. 402.

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 28ª Ed., p. 403.

Para que o papel social seja cumprido não basta que a empresa funcione, é necessário que as decisões dos administradores sejam sempre voltadas para o bem comum, sem que se esqueçam, entretanto, o escopo final de qualquer empresa, que é o lucro.

Expõe-se, dessa forma, que a função social da empresa não é sinônima de filantropia empresarial, vez que o lucro não é posto de lado para atender a função social.

A partir deste panorama apresentado, é nítido que a função social não pode predominar sobre os direitos e interesses individuais, cabendo apenas conciliar os interesses da empresa com os da sociedade¹⁵.

Ocorre que, a empresa – em especial a micro e pequena empresa, é de grande e relevante importância no cenário econômico e social do país, caracterizando-se como uma das garantias fundamentais geradora do sustento, circulação de renda, bens, capitais, emprego, etc.

Tamanha é a importância que foi conferida a micro e pequena empresa que há tratamento diferenciado e simplificado para que esses empreendimentos possam sobreviver aos grandes conglomerados de empresas.

Com tudo quanto já exposto acerca da função social da empresa, é de percepção fácil o importante papel social que ela exerce na sociedade, servindo como impulso ao desenvolvimento.

É mister destacar que o Estado não se isenta de gerar bem estar e a justiça social para a nação, apenas pelo fato das empresas passarem a assumir parte deste importante papel. Portanto, não pode o Estado se esquivar de funções que lhe são próprias.

Mais do que isso, não pode o Estado, de certa forma impor condições ao funcionamento da empresa e, de contrapartida, através do Judiciário, dificultar o exercício desta. Ambos deveriam trabalhar juntos.

Impor a condição de efetuar um depósito para que se possa efetivamente exercer o acesso à justiça, à ampla defesa e contraditório, através dos meios e recursos disponíveis e legalmente previstos, se torna uma grande entrave para as empresas em sérias dificuldades econômicas que, dessa forma, podem ter seu direito de defesa cerceado.

15 MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. Revista Magister de Direito Empresarial. Porto Alegre, ano 5, n.28, p. 5-12, 2009.

É de grande monta o prejuízo causado a estas empresas que têm relevante importância no cenário econômico e social do país. Restringir-lhe o direito de provocar o reexame de determinada matéria pode lhe causar graves e irreparáveis danos, podendo mencionar, sem exagero, até mesmo a sua falência. E como consequência, a perda de sua função social.

3.3. Assistência judiciária como possível percussor da dispensa do depósito recursal

A Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, prevê no art. 2º, § único:

[...] **Art. 2º.** Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

Prevê, ainda, no art. 3º, quais isenções a referida lei concede àqueles que nela se enquadram. Especificamente no inciso VII, está expressa a concessão de isenção que diz respeito especificamente ao depósito recursal, *in verbis*:

[...] **Art. 3º.** A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

[...] VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

É comum, no meio forense, haver confusão e não haver distinção entre Justiça Gratuita, Assistência Judiciária e Assistência Jurídica. A saber:

A justiça gratuita trata apenas da dispensa das despesas processuais (custas, emolumentos, honorários periciais...). A assistência jurídica, prevista no art. 5º, LXXIV, da CF/88, abarca a consultoria e a atividade jurídica (advogado dativo, defensor...). E, aquela que mais nos interessa no momento, a assistência judiciária, é mais ampla. Esta engloba o serviço gratuito de representação e as isenções previstas em leis para garantir seu direito de amplo acesso à justiça.

Pode-se afirmar que a lei em comento, de um lado, garante que a parte beneficiária não tenha bloqueado o seu acesso ao Judiciário por uma exigência bu-

rocrática e, de outro, transfere para a parte contrária o ônus da demonstração da não veracidade da informação daquele que recebe o benefício da assistência judiciária (Artigos 4º e 7º da Lei nº 1.060/1950).

A garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária, emolumentos, despesas, honorários e até mesmo o depósito recursal forem excessivos, de modo acriar obstáculo ao acesso à justiça, entende-se serem eles, especialmente o depósito recursal – objeto de estudo do presente artigo, inconstitucionais por ofenderem aos princípios aqui estudados.

Convém ser dito que a Lei nº 1.060/50 não faz distinção expressa quanto à pessoa natural ou jurídica para sua concessão, desde que esta seja considerada necessitada na forma da lei.

Cumprir mencionar também que, a Súmula 481 do STJ diz fazer jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

Portanto, concluindo que em face de omissão da lei processual trabalhista que, em não havendo incompatibilidade, pode ser suprida subsidiariamente pela regra processual civil, seguindo daí a sustentação que é extensível ao empregador pessoa jurídica os benefícios da justiça gratuita.

Denota-se que foi dito anteriormente que há distinção entre justiça gratuita e assistência judiciária, e realmente há. Porém, se um empregador, que é beneficiado pela justiça gratuita, portanto claramente não possui condições de arcar financeiramente com as despesas processuais, ou seja, é isento de pagar custas, emolumentos, honorários, dentre outros – todos possivelmente de menor monta se comparados ao depósito recursal, haveria ele condições de arcar com o pagamento do depósito recursal? Posicionamento totalmente antagônico, independentemente da diferença entre a natureza das custas e a do depósito recursal.

Assim posiciona-se o doutrinador Renato Luiz de Avelar Bandini¹⁶:

É possível concluir, todavia, pela dispensado depósito recursal aos agraciados com a assistência judiciária. [...]. Mas exigir da pessoa jurídica amparada com a gratuidade da justiça, que proceda ao recolhimento do depósito recursal como condição do recebimento do apelo é falacioso. Foge ao princípio da razoabilidade conceder a justiça gratuita a uma pessoa

16 BANDINI, Renato Luiz de Avelar. *Justiça Gratuita em Relação à Pessoa Jurídica na Justiça do Trabalho. Estado & Atividade Econômica*, 2007, p. 398.

jurídica (em face da comprovada dificuldade financeira) e isentá-la apenas do recolhimento das custas, quando o maior obstáculo à interposição de recursos na Justiça do Trabalho é justamente o depósito recursal. [...] Deverá o juiz ou tribunal a quem couber o deferimento do benefício analisar meticulosamente se as provas carreadas aos autos permitem a concessão do benefício da justiça à pessoa jurídica que a postula, e, havendo provas suficientes, deverá conceder o benefício requerido na sua plenitude e abrangência, tal qual previsto na Constituição Federal. Só assim se estará dando efetividade aos comandos constitucionais da igualdade, do acesso à justiça e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, caput e incisos.

Destarte, a jurisprudência pátria evoluiu para admitir situações excepcionais em que, constatado o estado de penúria da pessoa jurídica, o indeferimento da assistência judiciária comprometeria o próprio direito de ação e de ampla defesa que lhe assistem (Art. 5º, XXXV e LV, CF).

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITO MODIFICATIVO. EMPREGADOR. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. DISPENSA DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE. CF, ART. 5º, LXXIV E ART. 3º, VII, DA LC 132/2009. Impende a concessão de efeitos modificativos aos embargos declaratórios, para reconhecer ao empregador, responsável subsidiário, os benefícios da justiça gratuita, com isenção das custas e do depósito recurso, ex vi do art. 5º, LXXIV, da CF e do art. 3º, VII, da LC 132/2009, que alterou a Lei n. 1060/50.
(TRT-22 - AG: 123200910622016 PI 00123-2009-106-22-01-6, Relator: FAUSTO LUSTOSA NETO, Data de Julgamento: 30/03/2010, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJT/PI, Página não indicada, 28/4/2010)

EMPREGADOR DOMÉSTICO - HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA - DEPÓSITO RECURSAL - DISPENSA - POSSIBILIDADE - EXCEPCIONALIDADE - Embora tratando-se de exigência legal, o depósito recursal, na seara laboral, pode, excepcionalmente, ser postergado, diante da situação de pobreza da demandada - pessoa física, empregadora doméstica que, comprovadamente, depende apenas de salário oriundo do exercício de cargo de professora municipal para sua sobrevivência e de sua família. Tal medida visa assegurar-lhe o direito de defesa e ao duplo grau jurisdição. Agravo conhecido e provido.
(TRT-16 541200700616016 MA 00541-2007-006-16-01-6, Relator: LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/09/2008, Data de Publicação: 20/10/2008)

Apesar do progresso, este ainda demonstra-se ínfimo face às negatórias de casos semelhantes em que os empregadores – especialmente os domésticos, micro e pequenas empresas – que possivelmente fizessem jus à assistência judiciária, ficam à mercê da interpretação da norma quanto à concessão ou não.

Porém, surge como fator de esperança para àqueles que realmente necessitam deste benefício para não sofrer supressão de seu direito de acesso à tutela jurisdicional em todas as esferas que lhe são asseguradas e disponíveis, sem imposição de condicionantes para que se tenha acesso à elas.

Desta forma, os maiores lesados, a nível dos empregadores, são aqueles que trabalham no limite financeiro de sua atividade empresarial e também os empregadores domésticos que necessitam dispor do montante da condenação (ou do teto estabelecido) para a interposição de recurso.

É certo que, em se tratando de relações trabalhistas entre empregado e empregadores deste porte, não existe um desnível tão grande que justifique essa extremada proteção que é conferida ao empregado, ao ponto de impedir a concessão da isenção do depósito recursal.¹⁷

O direito de assistência judiciária deveria, a princípio, ser reconhecido de modo excepcional, quando não houver a menor sombra de dúvida, ante a prova dos autos, da impossibilidade econômica do empregador pessoa natural ou jurídica, de arcar com os encargos processuais, incluindo o depósito recursal, de forma a possibilitar o efetivo acesso ao judiciário.

4. Considerações

O Direito Processual do Trabalho é ramo autônomo do direito processual, possui peculiaridades próprias, princípios próprios, doutrina própria, que o distingue dos demais ramos da ciência processual. Porém, não havendo incompatibilidade, e na ausência de norma, pode ser suprido subsidiariamente pelo processo civil (Art. 769 da CLT).

Porém, apesar desta autonomia, é de suma relevância que os princípios constitucionais processuais sejam sempre observados e respeitados, visto que eles representam determinada concepção valorativa e norteadora do direito, conferindo-lhe racionalidade, direção, unidade e harmonia. Eles alicerçam todo

¹⁷ Disponível em: <<< http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6854>>> Acesso em: 06/10/2015.

o sistema jurídico, suprimem omissões e imperfeições das normas positivadas, organizam e fundamentam esse sistema e sustentam todos os ramos do direito, incluindo o Direito Processual do Trabalho.

A análise dos princípios no âmbito de qualquer ordenamento jurídico se mostra fundamental para a compreensão plena dos institutos. Asseveramos, neste compasso, a previsão legal do recurso por meio dos princípios aqui estudados e o direito de todos à sua utilização.

A obrigatoriedade do depósito recursal apenas ao empregador, mesmo quando da condenação em reconvenção ao empregado, mostra clara disparidade nesta relação processual.

Impor como pressuposto de admissibilidade o depósito recursal, portanto, exigir o seu recolhimento para o efetivo acesso à justiça, gera obstáculo – como já exaustivamente dito, muitas vezes inexpugnável – ao empregador, de forma que seu amplo acesso à justiça acaba por ser suprimido, pois, na ausência deste, o recurso é considerado deserto, independentemente das circunstâncias que acometem o empregador.

Não obstante, o depósito recursal pode-se considerar uma ofensa aos princípios constitucionais por limitar o acesso do empregador à tutela jurisdicional, vez que este deveria ser amplo, importando, com isto, cerceamento ao seu direito de defesa.

Não é legal no sentido estrito da norma, muito menos justo, que qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica, arque com os efeitos de uma condenação até que esta efetivamente se consuma, uma vez que o direito não é de fato constituído, justamente pela possibilidade de discussão da matéria até que ocorra o trânsito em julgado da decisão.

Merece especial atenção neste cenário os empregadores domésticos e micro e pequenas empresas, bem como outros empregadores que se incluam nesta condição, e que podem ter sua atividade ou sustento próprio afetados com a necessidade de efetivação do depósito recursal, uma vez que, na relação trabalhista, não possuem desigualdades tão elevadas a ponto de não ser deferida a assistência judiciária, incluindo-se a isenção do depósito recursal, no caso de eventual necessidade de interposição do remédio processual.

O Estado deve propiciar meios para que, especialmente empregadores que de fato não dispõem de recursos econômicos, tenham condições de promover a efetivação de um recurso, de forma que estes não fiquem adstritos à sentenças monocráticas que podem conter erros de procedimento ou mesmo judiciais, de

maneira que o pronunciamento por um órgão colegiado lhes traga segurança jurídica, inclusive para o vencido.

É preciso que sejam reanalisadas as aplicações do referidos princípios face ao contexto aqui apresentado, de forma que façam frente aos processos de flexibilização das normas trabalhistas.

O amplo acesso à justiça é indispensável para a realização do Estado de direito. Dessa forma, mudanças que visem a melhoria da tutela jurisdicional contribuem, também, para o fortalecimento e crescimento da democracia.

A tese propõe, em essência, ofertar contribuição crítica diante do posicionamento flagrantemente arbitrário que há tempos o depósito recursal reveste o exercício protecionista da Justiça do Trabalho em prol do empregado, aplicando de forma grosseira condicionantes que suprimem direitos àquela que é considerada menos frágil na relação processualista do trabalho, o empregador.



La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione

Antonio Palma

1. Considerazioni introduttive

Nuove realtà, nuovi beni, nuovi diritti e doveri di comportamento, la clausola generale di correttezza o buona fede, in senso etico ed oggettivo, non declina mai il suo ruolo di valida *valvola* di sicurezza di adeguamento del sistema giuridico, non deludendo l'interprete quanto a spunti di riflessione.

In quanto clausola generale e regola di comportamento evoca lealtà, solidarietà ed affidamento, al fine di assicurare protezione anche alle ragioni dei «terzi» verso i quali possono individuarsi effetti diacronici dell'attività dispositiva ad opera sia dei pubblici poteri¹ sia dei poteri privati.

Il concetto di buona fede oggettiva – o *bona fides* nelle antiche fonti² –, sulla quale ci si soffermerà nelle pagine che seguono, manifesta la sua *fluidità* o, ove si

1 In proposito, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, spec. 3 e 41 ss. L'a. pone in risalto la rilevanza della buona fede in attuazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, ricordando la dibattuta questione circa la sua possibile natura di principio costituzionale. In senso contrario, ossia nel senso della non «attinenza» di questo principio all'«ordinamento supremo dello Stato», v. SANTI ROMANO, voce *Correttezza e buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, 877 ss., le cui riflessioni restano fondamentali in argomento.

2 Al riguardo, tra i molti, cfr.: A. PALMA, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Aa. Vv., III, Padova, 2003, 27 ss.; Id., in *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, 13 ss.; Id., in *Civiltà europea*, 2008, 35 ss.; Id., in *Scritti di diritto romano*, Napoli, 207 ss. Particolarmente significativa, inoltre, è la ricostruzione delle fonti in argomento operata da: L. LANTELLA, *Fides e Bona fides (proiezioni semantiche ed etiche)*, in *Civiltà europea*, 2008, 3 ss., cui si rinvia anche per ogni approfondimento di natura bibliografica; v., ancora, P. D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 129 ss.; G. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, 7 ss.; Id., *Ancora sulla fides e sui bona fidei iudicia*, in *Labeo*, 1966, 250 ss. L'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai *bonae fidei iudicia* ha rappresentato patrimonio comune della scienza romanistica dopo il noto studio di B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'*, I, *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*,

preferisca, *elasticità*, in quanto complesso concetto di «relazione», contribuendo, da un lato, a «concretizzare» i valori avvertiti da una determinata comunità storica e tradotti in «ordinamento giuridico»; anche se, sotto altro profilo, non nasconde il rischio di un suo possibile uso non del tutto controllabile né tanto meno prevedibile.

Utile, spesso determinante, strumento di controllo della liceità di una condotta o della validità di un «atto», nonché di valutazione³ dell'impegno e del sacrificio esigibile nell'ambito di una relazione custodita dall'Ordine oggettivo, con il limite del «sacrificio» della «vincolatività del precetto giuridico»⁴. Senza, però, neppure doversi omettere il riferimento alla funzione «interpretativa» svolta dalla buona fede, non solo in ambito negoziale-contrattuale (art. 1366 c.c.), ma anche a livello «normativo», in tal senso in analogia all'equità ed alla ragionevolezza.

In una simile prospettiva, si consideri, in particolare, la nuova dimensione assunta dai c.d. «doveri di protezione o conservazione (*Schutzpflichten*, *Schadensverhütungspflichten*). Di quei doveri, cioè, che hanno ad oggetto l'incolumità della persona e dei beni del contraente»⁵.

in AUPA, 7, 1918, 1 ss.; più di recente, A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *φιλία*. Scritti per Gennaro Franciosi, III, Napoli, 2007, 1731 ss.; G. I. LUZZATTO, voce *Dolo* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1974, 716 ss.; A. BURDESE, voce *Wexceptio doli* (dir. rom.), in *NNDI*, VI, 1960, 1072 ss.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica, Napoli, 2004, 62 ss.; A. TRISCUOGGIO, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, cit., 213 ss. In argomento, inoltre, v. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 11 ss.; GAROFALO, *Per un'applicazione dell' 'exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 651 ss.; Id., in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, III, Napoli, 1997, 480 ss.; FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Garofano, Padova, 2006, 49 ss.; CARDILLI, *La 'buona fede' come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2002, 136 ss.; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, I, Torino, 2003, 22 ss. Sulla tematica dell'abuso del diritto nell'ambito delle fonti ed in termini di «eccesso di diritto», si ricordi, in particolare, il noto passo di Giavoleno «*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum et enim, ut non subverti posset*» (D. 50.17.202), in relazione alla quale, per un approfondimento, v. A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1964, 1 ss.; inoltre, G. GROSSO, voce *Abuso del diritto* (dir. rom.), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 ss.

3 In tal senso, cfr. specialmente CASS., 22.4.2000, n. 5299, in *Foro it.*, I, 2003, 1847.

4 Così, CASS., 16.1.2007, n. 845, in *Dir. fall.*, 2008, II, 493.

5 Così, G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), ristampa, Napoli, 2013, 244 ss.

Doveri, questi, avvertiti sia in ambito «contrattuale» che «extracontrattuale», secondo una tradizionale, non sempre del tutto condivisibile, distinzione⁶.

Anche sotto il profilo del «linguaggio» di una regola giuridica, può, dunque, osservarsi, come efficacemente tracciato, che «si disegna un quadro in cui norme diverse ci appaiono come segnali di una sola linea di tendenza; un grande principio che ha forza prescrittiva propria, e non si risolve soltanto nelle singole norme che espressamente o implicitamente ne fanno applicazione: il principio di buona fede, che ha il suo nucleo forte in materia di obbligazioni e contratti, ma si espande poi in tutte le direzioni nell'ordinamento giuridico»⁷.

2. Il possibile quadro normativo di riferimento

Poche e scarse le disposizioni normative «esplicite» in materia di buona fede o correttezza all'interno del codice civile. Ma, la situazione non sembra mutare nell'ambito della legislazione speciale.

Le principali disposizioni in argomento possono essere così individuate: art. 1175 c.c. (comportamento secondo correttezza nell'ambito del rapporto obbligatorio, imposto sia al debitore che al creditore); gli artt. 1337 e 1338 del c.c. in materia di trattative e conoscenza di case di invalidità del contratto; artt. 1358 e 1359 (condizione, finzione di avveramento, ipotesi di c.d. «esecuzione in forma specifica»); art. 1366 c.c., in materia di interpretazione; art. 1460, co.2, (in caso di eccezione di inadempimento, il rifiuto di adempiere non deve essere contrario a buona fede, ipotesi di autotutela eccezionalmente consentita del privato); art. 1475 c.c., in materia di esecuzione della prestazione; art. 1147 c.c., in materia di possesso di buona fede (precisamente, buona fede in senso «soggettivo»; art. 1479 c.c. in materia di vendita di beni altrui; art. 2321 c.c., in materia di utili percepiti in buona fede; art. 1994 c.c., in materia di titoli di credito.

Ad eccezione della disposizione normativa di cui all'art. 1147 c.c. – che contempla, come accennato, la buona fede in senso «soggettivo» –, oggetto dell'indagine qui intrapresa è la clausola generale⁸ di buona fede in senso etico ed oggettivo, in

6 In maniera particolarmente significativa, in argomento le riflessioni di V. CARBONE, *La buona fede come fonte di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 6 ss.

7 In tal senso, v. G. IUDICA-P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2003, spec. 221 ss.

8 Comunemente sono considerate «clausole generali», in aggiunta alla buona fede, l'ordine pubblico ed il buon costume.

termini, cioè, di regola di comportamento. Laddove l'uso, in particolare ad opera della giurisprudenza⁹, dell'aggettivo «etico», sta ad indicare la valutazione, convenzionalmente accettata dalla comunità storica, di un comportamento secondo ciò che è bene e ciò che è male. Di qui l'uso della terminologia di «buona fede» e «mala fede». Dalla buona fede oggettiva deve essere distinta, dunque, la buona fede in senso «soggettivo», intesa come ignoranza di ledere un diritto altrui, secondo la definizione tratta dalla predetta significativa disposizione normativa di cui all'art. 1147 c.c., dettata in materia di possesso, appunto, «in buona fede»¹⁰.

In termini oggettivi, come si avrà occasione di osservare, specificamente in ambito di obbligazioni e contratti, detta regola di comportamento sembra destinata ad imporre il rispetto di sentiti e comuni valori di correttezza e di lealtà, dei quali, pertanto, può a ragione essere considerata sinonimo.

In una simile prospettiva, la buona fede può, dunque, essere intesa sia come utile strumento di controllo della libertà negoziale contro gli abusi, sia come regola di giudizio del comportamento, anche in termini di liceità dello stesso, venendo, di conseguenza, qui in rilievo in un'accezione oggettiva e non soggettiva, vale a dire autonomamente da ogni considerazione delle intenzioni di colui che pone in essere l'azione, in un'ottica esclusiva di bilanciamento dei contrapposti interessi.

Ciò vuol significare che l'eventuale assenza di volontà dell'agente in relazione alla lesione inferta alla sfera soggettiva di altro soggetto non sembra ricevere alcuna rilevanza giuridica¹¹.

In quanto «clausola generale» del sistema giuridico, secondo una comune condivisa terminologia, si tratta di clausola o condizione in grado di contribuire ad adeguare metodologia e sistema normativi al mutare della realtà fenomenologica, nel perseguimento di quello che pare, pur sempre, essere il fine ultimo dell'Ordine oggettivo, ossia la realizzazione della «pace sociale» di kelseniana memoria.

Si tratta, difatti, di regola di condotta e anche di giudizio, in senso etico ed oggettivo, avente il fine immediato di assicurare, sotto i profili più vari, la

9 Si ricordi, tra tutte, Cass., 9.3.1991, n. 2503.

10 Cfr. l'art. 1147 del c.c.

11 Appare significativo, in proposito, rilevare l'irrelevanza della buona fede – almeno secondo una tradizionale impostazione – nell'ambito del possesso *ad usucapionem* e, dunque, al fine dell'acquisto a titolo originario del diritto. La malafede determinerà esclusivamente la necessità del decorso di un maggior termine.

protezione di interessi generali (o *libertà positive*) e di diritti individuali (o *libertà negative*), al fine di assicurare, in ultima analisi, il *benessere* del cittadino¹².

Ritornano attuali le riflessioni del Falzea, il quale, nel corso di un noto Convegno, manifestò la necessità di una «disciplina unitaria e generale», dell'azione, «essenziale per la vita delle comunità e tra le comunità e per la garanzia dei valori fondamentali dell'uomo in qualunque contesto di relazioni e di interessi». Tale disciplina non può che essere «affidata in linea primaria ai principi generali», con l'avvertenza, però, che, oggi,

«l'attenzione del giurista» deve «soffermarsi, soprattutto allo scopo di stabilire il loro diverso modo di concorrere alla conformazione dell'ordinamento giuridico»¹³.

Il tramonto del principio di legalità ha favorito il ricorso, si è osservato, a fonti alternative di regolamentazione e finanche di «produzione di regole» specialmente comportamentali, tra queste, come indicato, occupa un ruolo significativo proprio la regola della buona fede oggettiva.

La buona fede assume, dunque, rilevanza specialmente sotto il profilo della valenza come fonte del diritto. Fonte d'integrazione del diritto non più, sembra potersi ritenere, dunque, esclusivamente nell'ambito contrattuale.

In una simile prospettiva, può osservarsi, come pure è stato efficacemente detto, la buona fede oggettiva opera «come criterio che garantisce coerenza tra operazione privata e finalità generali perseguite dall'ordinamento»¹⁴.

Immediata conferma di ciò pare aversi nel dato legislativo e, segnatamente,, nell'ambito della disciplina in materia di clausole vessatorie nei contratti con i

12 Cfr., A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss

13 Ci si riferisce al celebre Convegno dell'Accademia dei Lincei sui Principi generali del Diritto, tenutosi nei giorni 27-29, giugno 1991. Le diverse, autorevolissime relazioni, tra le quali quella citata nel testo e nella nota precedente di A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, sono tutte pubblicate nella *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss. Si ricordino anche le Relazioni di OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, 475 ss.; COTTA, *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, 494 ss.; TRABUCCHI, *Regole di diritto e principii generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, 511 ss. Convegno, questo, al quale è seguito altro celebre Convegno in onore e memoria di Alberto Trabucchi, Organizzato sempre dall'Accademia dei Lincei e tenutosi il 20 dicembre 1998, le cui Relazioni sono pubblicate nella *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 1 ss., tra le quali si ricordino quella di A. FALZEA, *Le "Istituzioni" del diritto privato verso l'età contemporanea*, 1 ss.; Id., *La Costituzione e l'Ordinamento*, 261 ss. Inoltre, sempre in materia di «azioni» e «tutela», più di recente, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di Cicu-Messineo-Mengoni, I, Milano, 1998, spec. 244 ss.; M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 439 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori approfondimenti di natura bibliografica.

14 ¹⁴S. RODOTÀ, *Conclusioni: Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, 269 ss.

consumatori contenuta, prima negli artt. 1469-bis e ss., oggi negli artt. 36 e ss. del Codice del Consumo che, nel definire abusive o vessatorie quelle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi delle parti, utilizza l'espressione «malgrado la buona fede» di colui che le ha predisposte, affermando così – almeno stando ad una delle tesi più accreditate – l'irrelevanza delle sue eventuali corrette intenzioni¹⁵.

L'utilizzazione della clausola generale della buona fede in funzione di controllo del comportamento dei consociati e di integrazione degli obblighi contrattuali, sino a poter assumere rilevanza anche in termini di *fonte di produzione normativa*, con ogni dovuta distinzione e precisazione, ha come significativa conseguenza – da valutarsi non necessariamente con sospetto o addirittura sfavore – quella di legittimare ed ampliare l'intervento del giudice in termini, appunto, di controllo dell'attività sia dei privati sia dei «pubblici poteri»¹⁶.

15 Sulle diverse letture del richiamo alla buona fede nella disciplina della tutela del consumatore, cfr.: F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Giust. civ.* 1996, I, 522; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, R. GIOVAGNOLI, *La nozione di buona fede nella tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza civile* 2005, Milano, 2005, 347 ss; *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, *Materiali raccolti da G. Alpa e M. Bessone*, Torino, 1997, spec. 32 e 161 ss.; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, 1999, 12 ss; F. RINALDI, *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato* a cura di S. Prisco, Torino, 2002, 151 ss. Tra le due interpretazioni dell'inciso "malgrado la buona fede", se, cioè, facente riferimento alla buona fede in senso soggettivo o in senso oggettivo, quest'ultima viene preferita, pare il caso di ricordare, dal parere del 20.12.2004, n. 11602/04 della Sezione normativa del Consiglio di Stato, secondo la quale, ove si accogliesse la tesi oggettiva, l'originaria espressione in lingua francese "*en dépit de l'exigence de bonne foi*" sarebbe dovuta essere stata tradotta, più correttamente, con l'espressione "*in contrasto con la buona fede*", anziché con l'equivoca espressione "*malgrado la buona fede*".

16 In argomento, cfr., in particolare, il saggio di RODOTÀ sulla *buona fede*, in *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, *Materiali raccolti da G. Alpa e M. Bessone*, a cura di F. Toriello, Torino, 1997, 62 ss., ma spec. 71-72. L'a. rileva che «credo che oggi, tra le varie possibili politiche interpretative, quella che fa leva sulla clausola di buona fede abbia maggiori possibilità di successo presso i giudici (...). Se, infatti, guardiamo ad alcune sentenze di questi ultimi tempi (non molte, ma significative), cogliamo il segno di un interesse generalizzato, che sarebbe stato vano cercare ancora dieci anni fa. E, infatti, la buona fede, pur essendo considerata da più di una norma del codice, deve risalire una corrente sfavorevole, alimentata da un lungo atteggiamento di sospetto degli studiosi, sui quali ricadono responsabilità assai gravi, ed ei giudici. Questo sospetto trova la sua origine nel fatto che clausole come quella di buona fede apparivano quasi come corpi estranei nel chiuso sistema della codificazione civile del 1942, di cui, al tempo dell'entrata in vigore di quel codice, non potevano certo presentarsi come fattori di rottura, anche per l'evidente ambiguità dei loro rapporti con i principi di base dell'epoca, quelli dell'ordinamento corporativo».

Il Giudice, in particolare, attese le gravi lacune presenti nell'ordinamento, attraverso un frequente ricorso alle clausole generali, è chiamato ad una attività sempre più intensa, non di applicazione ed esecuzione della norma, bensì di vera e propria creazione, sia in ambito pubblicistico che privatistico¹⁷. Senza contare, poi, che, di fronte ad una proliferazione di fonti normative di rango non legislativo, i giudici sono chiamati ad un'attività «creativa anche di valori, non disvelatrice di valori inespressi, ma impliciti e prefissati dalla norma»¹⁸. Nell'ambito del diritto pubblico, si considerino alcuni esempi significativi: il principio della gara, il principio della *par condicio*, il principio dell'adequatezza o proporzionalità dei requisiti richiesti per fornire prestazioni alla P.A. Principi desunti, non dal diritto positivo, ma quasi da un diritto giusnaturalistico.

Così, ad esempio, in materia di risarcimento dei danni, si consideri l'attività creativa della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in materia di danno alla persona, danno biologico e danno esistenziale, anzi, più correttamente, oggi, *danno patrimoniale e non patrimoniale*, secondo un condiviso sistema bipolare¹⁹, espressione di una delle più creative attività ermeneutiche degli interpreti.

La crisi della legge, come fonte di regolamentazione primaria e superiore, sembra dirigere il sistema verso un diritto giurisprudenziale, inducendo ad una analogia con il diritto inglese, dei Paesi del *Commonwealth*, con particolare riferimento alle regole di *equità*, alla quale la buona fede pure s dimostra particolarmente affine. In questo ordinamento, la regola di diritto è data dal giudice per la soluzione del caso concreto (*case law*), attesa l'assenza di una codificazione e di norme specifiche e dettagliate. La «regola del precedente» diventa, cioè, fonte del diritto.

17 In proposito, ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 156 ss.; e, più di recente, FABIANI, *Clausole generali e rendiconto della cassazione*, Torino, 2003, 17 ss. Gli aa. richiamano l'attenzione sull'utilizzazione da parte del Supremo Collegio del principio di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., in funzione di controllo sull'uso delle clausole generali. Circa i rapporti tra giustizia e legalità, si ricordi Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, spec. 14, 137, 167, 274 e 287), il quale pone l'atto giurisdizionale «come grado del processo di creazione del diritto», osservando che «da un punto di vista dinamico, la norma individuale creata dalla decisione giurisprudenziale forma un grado di un processo che ha inizio con lo stabilimento della prima costituzione, è continuato dalla legislazione e dalla consuetudine, e conduce alle decisioni giurisdizionali» (si parla, in tal caso anche di *giurisprudenza normativa*, cfr. J. W. Bingham, *What is the law?*, in *Michigan Law Review*, vol. 11, 1912, 10 e ss.).

18 Così V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4.

19 Si ricordi la nota decisione sul danno biologico della Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184; sino alle più recenti quattro contestuali decisioni di Cass., nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11.11.2008; nonché, Cass., 19.8.2009, n. 18356 e Cass., 9.2.2010, n. 2847.

La legge, nel diritto inglese, continua, cioè, pur avendo un ruolo di rilievo, ad essere vista come un «*corpo estraneo*» nel sistema del diritto, e non la normale fonte di produzione dello stesso. La norma, cioè, diventerà tale e parte integrante del diritto soltanto dopo essere stata interpretata ed applicata dai giudici²⁰.

3. Il concetto di buona fede

Sicché, oggi la definizione che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti condividono è nel senso di attribuire al concetto di buona fede il contenuto dell' «obbligo derivante da un principio generale di solidarietà di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio. Utilità dell'altra parte non specificamente tutelata dal rapporto contrattuale o obbligatorio né dal dovere del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c., c. d. utilità mediate»²¹.

Secondo questa ricostruzione, dalla buona fede scaturiscono, dunque, obblighi di lealtà e di salvaguardia: c. d. «utilità mediate» della parte da tutelare (la controparte).

La buona fede si distingue, quindi, anche dalla diligenza, indicando questa «l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfaci-

20 Cfr. R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994, spec. 334 e ss.

21 Secondo la nota definizione elaborata da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano 1987, 473, e ormai adottata anche dalla giurisprudenza: cfr., di recente, Cass. 15.3.2004, n. 5240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 3, 342 ss., secondo cui «la clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta, da un lato, ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio». Secondo Cass. 9.2.2004, n. 2422, in *Dir. e Giust.* 2004, 119, la condizione di inevitabilità del danno da risarcire che il creditore ha concorso a cagionare per non aver usato l'ordinaria diligenza, stante la previsione dell'art. 1227, co. 2, c.c., deve essere intesa nel senso che «non si limita a richiedere a quest'ultimo la mera inerzia di fronte all'altrui comportamento dannoso, o la semplice astensione dall'aggravare, con fatto proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma, secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., gli impone altresì una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di detto comportamento, intendendosi comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, all'uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici». Nella medesima prospettiva, tra le altre, Cass. 4.3.2003, n. 3185, in *Giust. civ. mass.* 2003, 444 s.; Cass. 16.10.2002, n. 14726, in *Danno e Resp.*, 2003, 174 ss.; Cass. 5.11.1999, n. 12310, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Obbligazioni in genere*, n. 25.

mento dell'interesse del creditore; cioè, l'adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l'interesse del creditore», sforzo dal quale il debitore non può esimersi²².

Così, ad esempio, con specifico riferimento alla funzione integrativa degli obblighi negoziali della buona fede, si ricordi l'art. 1374 c.c., che disciplina la buona fede come fonte di integrazione del contratto (c. d. *contratto imposto*, cioè, il cui contenuto è stabilito direttamente dalla legge, dagli usi o equità), fonte, cioè, eteronoma *extra voluntas partium*. Sintomatica è la progressione normativa, 1374 e 1375 c.c., quest'ultima, sancisce la regola della buona fede nell'esecuzione del contratto.

Esigenza quest'ultima che, come già detto, oggi trova rinnovato ed ancor più pregnante fondamento nella necessità di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà sociale indicati nella nostra Carta Costituzionale, doveri il cui assolvimento conferisce legittimità a tutti gli interventi normativi che, in vario modo, limitano l'esercizio dell'autonomia privata²³.

La buona fede oggettiva si pone, pertanto, non soltanto come regola di comportamento che va ad integrare la disciplina negoziale posta dalle parti, contribuendo così a definire l'effettivo contenuto delle rispettive obbligazioni, ma svolge una funzione di metro oggettivo di valutazione a posteriori, così come nell'*actio doli*, di un determinato atto o comportamento attraverso il quale è possibile far emergere quegli elementi ed interessi altrimenti irrilevanti in un'ottica di pura e semplice verifica della corrispondenza formale ad un'astratta previsione normativa, consentendo un contemperamento degli interessi contrapposti alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento contenuti nella Costituzione²⁴.

22 BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

23 In tal senso, da ultimo, Cass. 2.11.1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 nonché Cass. 24.9.1999, n. 10511, in *Arch. civ.*, 2000, 46 ss., che ammette espressamente il potere del giudice di intervenire sul contenuto contrattuale nello svolgimento di "una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti contrattuali, e con la clausola generale di buona fede e correttezza...". In dottrina, cfr., in particolare: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 172 ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, 21 ss.; A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, cit. 702 ss., nonché, più di recente, L. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, Padova, 1998, 333 ss. Si veda, altresì, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 205 ss., in part., 232 ss.

24 In proposito, cfr., in particolare, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, I, 157 ss.

I precetti riconducibili nell'alveo della buona fede non costituiscono una mera integrazione di altre norme ma sono esse stesse vere norme di diritto non scritto di contenuto precettivo immediato, benché non definibile a priori, le quali forniscono altresì al giudice dei modelli di giudizio, e sulle quali è possibile fondare l'attuale validità di un'*exceptio doli generalis*²⁵.

4. Buona fede e abuso del diritto

La tematica è così destinata ad integrarsi con quella affine dell'abuso del diritto²⁶.

25 In tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione*, cit. 39 s. Sul punto, cfr. anche l'efficace sintesi di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 172 ss. In argomento, fondamentali le riflessioni di A. BURDESE, voce *Exceptio doli (Diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, VI, 1960, 1072 ss.; e di G. I. LUZZATTO, voce *Dolo (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1974, 716 ss. In materia, più di recente, v. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, spec. 16 ss.

26 La teoria dell'abuso di diritto, con riferimento a quello che ne ha storicamente costituito il principale campo di esplicazione, vale a dire quello degli atti emulativi, trova numerosi spunti nell'esperienza giuridica romana: cfr. G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 161 ss. Cfr. SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 163 ss. La stretta connessione della tematica dell'abuso del diritto con la regola della buona fede è comunemente riconosciuta dalla dottrina, cfr.: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, I, 157 ss.; P. RESCIGNO, *Labuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss.; ID., *Labuso del diritto*, Bologna 1998; C. SALVI, voce *Abuso del diritto, I (diritto civile)* in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 3 s.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto, Discipline privatistiche*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 61 ss.; SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 168; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto, II (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5. Sulla distinzione tra buona fede e abuso del diritto, specificamente, G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 613 ss. Secondo R. SACCO, *Labuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, Padova 1997, 217, invece, l'abuso del diritto rappresenterebbe un «inutile doppione» della buona fede, negando rilevanza giuridica al fenomeno dell'abuso del diritto, ponendosi, sostanzialmente, sulla scia del ROTONDI, *Labuso di diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, in part. 105, 116, 209. Si consideri anche il recente contributo di C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007: l'a., dopo aver dato ampia contezza dell'incerta definizione del concetto di «diritto soggettivo», tra «interesse protetto» e «signoria del volere», con particolare riferimento all'ambigua relazione con il «diritto oggettivo» ed il c.d. *agere licere*, affronta la «contraddittoria» formula dell'abuso del diritto. Circa la tradizionale *querelle* relativa all'effettiva autonomia del fenomeno dell'abuso del diritto rispetto alla buona fede, l'a. conclude per la distinzione ontologica tra «buona fede» e «abuso del diritto». In argomento, attente riflessioni sulle conseguenze e sull'opportunità di introdurre l'istituto nel nostro ordinamento sono svolte da F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2005, 3, I, 444-456. Particolarmente significative, inoltre, le riflessioni di F. ASTONE, *Ritardato esercizio del diritto Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 5, 603 ss.; e di M. MIRRIONE, *Il comportamento delle parti esecutivo del giudicato e la clausola generale di buona fede*, in commento a APP. GENOVA, 10.10.2012, in *Nuova*

Affinità tanto evidente che molti negano che vi sia autonomia dell'abuso del diritto rispetto alla buona fede²⁷.

Recentemente si è assistito ad un più incisivo e frequente ricorso da parte della giurisprudenza alla clausola generale di buona fede al fine di vagliare ipotesi di esercizio abusivo del diritto. La buona fede, in particolare, è stata invocata per la risoluzione di controversie in materie di particolare urgenza sociale: si pensi, ad esempio, a quanto affermato in Cass. 21.5.1997, n. 4538 dove, in materia di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che, ove pure il recesso sia esercitato nel rispetto del termine di preavviso pattuito o previsto dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni fissato dall'art. 1855 cc., ciò non toglie che esso possa essere considerato illegittimo ove in concreto assuma connotazioni del tutto imprevedute ed arbitrarie, tali da porlo in contrasto con il fondamentale principio di buona fede che presiede all'esecuzione dei contratti²⁸.

Dunque, la buona fede, proprio perché funzionale all'attuazione di valori costituzionalmente protetti, può giungere ad imporre alle parti un comportamento finanche difforme da quello stabilito nel contratto, assurgendo così a limite generale dell'autonomia contrattuale²⁹. E solo apparentemente ciò può

giur. civ. comm., 2013, I, 451 ss., la cui fattispecie inerisce ad ipotesi di *Verwirkung*: «non è socialmente tollerabile e, dunque, contraria a buona fede la tardiva richiesta di pagamento delle spese generali, in aggiunta alle spese legali liquidate in sentenza e prontamente rimborsate, pretendendosi, in tal modo, di protrarre nel tempo un rapporto obbligatorio che è già stato adempiuto, in conformità all'impostazione impressa al diritto dallo stesso creditore». Comunemente, nell'ambito dell'abuso del diritto si evidenzia uno «sviamento di potere», di qui, la naturale comparazione con il celebre vizio di eccesso di potere ed il rimedio dell'autotutela nell'ambito del diritto amministrativo. In argomento, anche M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003; e, più di recente, M. P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006. In argomento, inoltre, M. ATIENZA - J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, e la relativa *Recensione* a cura di C. RESTIVO, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 571 ss

27 Particolarmente significative, con specifico riferimento al divieto degli atti emulativi tra «illecito di dolo e limite del diritto», le riflessioni, in argomento, di C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Commentario Cod. civ.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1994, spec. 127 ss.

28 Pubblicata in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479 nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 648. Per un ampio e lucido commento, cfr. F. GALGANO, *L'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impresa*, 1998, 18 ss.

29 Cfr. Cass. 2.11.1998, n. 10926, cit., nonché Cass. 24.9.1999, n. 10511, cit.; in dottrina, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 172 ss.; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., 21 ss.; D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale*

in qualche modo incrinare il dogma della certezza del diritto³⁰, se è vero che - come ha osservato il Bianca - esso è un obiettivo ed un valore solo quando «non sia funzionale ad una certezza formalistica e farisaica che diventa strumento di abuso... dovendo invece perseguirsi la certezza dei rapporti giuridici giusti»³¹.

Anche la già ricordata disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1469 *bis* e ss. cc., oggi artt. 36 e ss. del codice del consumo, che sancisce l'inefficacia delle clausole che, violando il principio di buona fede, determinano a svantaggio del consumatore un significativo squilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, riconferma il ruolo del criterio di buona fede quale strumento idoneo a consentire un vaglio ulteriore rispetto a quello di mera legittimità e finalizzato all'attuazione dell'equità contrattuale³²

della buona fede contrattuale, cit. 702 ss.; NANNI, *La clausola generale di buona fede*, cit., 333 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 205 ss., spec. 232 ss.

30 La profonda crisi del diritto, segno tra i più evidenti del tramonto dei valori occidentali, è, con chirurgica precisione, individuata da uno dei Maestri della scienza giuridica contemporanea, il Calamandrei: «progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento di poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso, tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo». La citazione è tratta da F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), pubbl. nella collana *Civiltà del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, 38 ss., alle cui mirabili riflessioni in materia si fa espresso rinvio. Il testo del Lopez diede luogo ad un profondo dibattito in materia di certezza del diritto, sollecitando autorevoli ed opposte reazioni, tra le quali, in particolare: *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* di P. Calamandrei; *La certezza del diritto* di F. Carnelutti; *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* di P. Fedele; *Considerazioni conclusive* di G. Capograssi; *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950* di M. Corsale. Saggi, questi, tutti editi nell'opera della Giuffrè.

31 C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 215.

32 Cfr., S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 48 ss. e L. MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. Giur. Enel*, 1997, 301 s.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 46 ss.; F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 479 ss. In giurisprudenza, qualificava come "nullità" la "inefficacia" delle condizioni generali di contratto, già CASS., 15.2.1992, n. 1873, in *Giust. civ. Mass.*, 1992; e, più di recente, CASS., Sez. Un., 20.12.2004, n. 11602, in *Foro it.*, I, 2005, 335 ss. Pare il caso di ricordare il già in precedenza citato parere della Sezione normativa del Consiglio di Stato del 20.12.2004, n. 11602/2004, che, con massima determinazione e chiarezza, qualifica detta "inefficacia" come ipotesi di "nullità di protezione". Impostazione, seguita anche dai più recenti pronunziati della giurisprudenza di merito,

L'affermazione dell'inefficacia delle clausole abusive conferisce altresì fondamento normativo esplicito a quell'orientamento giurisprudenziale che, avvertendo l'esigenza di rimedi ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente esperibili in caso di violazione delle regole di buona fede e riconducibili essenzialmente nel novero di quelli esperibili in caso di inadempimento, a partire dagli anni '70 aveva individuato nel diniego di effetti la risposta maggiormente idonea a contrastare comportamenti valutati come scorretti o sleali. Di nuovo, la *denegatio actionis* pretoria³³.

Si tratta peraltro dell'esito di un lungo percorso che addirittura comincia con una posizione della giurisprudenza più restrittiva la quale, sovrapponendo la nozione di buona fede con il principio del *neminem laedere*, giungeva a sostenere che la prima rappresentasse soltanto un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti: di conseguenza, la sua violazione poteva costituire fonte di responsabilità solo in caso di specifica lesione di un diritto altrui già riconosciuto da una norma giuridica (ad esempio, nel caso di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 cc.).

Progressivamente, anche sulla scorta della dottrina maggioritaria, i giudici sono giunti ad affermare che la buona fede costituisce un autonomo obbligo giuridico la cui violazione comporta di per sé conseguenze giuridiche e non soltanto in quanto lesiva di un diritto già riconosciuto: è ormai divenuta tralatizia nelle pronunce della Corte di Cassazione l'affermazione secondo cui «l'autonoma rilevanza del principio di buona fede comporta la responsabilità di colui che agisce non tenendo un comportamento improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il contenuto della buona fede»: traduzione di Gaio dove afferma *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*³⁴.

In altri termini, la buona fede si atteggia quale dovere di cooperazione per la realizzazione dell'interesse della controparte ed in tale accezione si pone come elemento integrativo ovvero correttivo del contenuto e degli effetti del contratto; la violazione della buona fede, dunque, rappresenta un comportamento illegittimo atto a produrre conseguenze giuridiche ed in primo luogo l'obbligo

tra i quali, di recente, TRIB. BRINDISI, Sez. Fall., 21.6.2005, inedita, ma pubbl. in CARINGELLA, GAROFOLI, GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile* 2005, cit.

33 Cfr., in particolare, D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, cit. 702 ss.; ed il mio precedente scritto in argomento *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistica*, in *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, 15 e ss.

34 Cfr. A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, cit., spec. 20 ss.

di risarcimento del danno, pur senza escludere, se del caso, altri rimedi quali la risoluzione del contratto, la condanna all'adempimento, la reintegrazione in forma specifica. Una funzione restitutoria che la dottrina e la giurisprudenza hanno pienamente recepito: e qui immediato mi sembra il rinvio alla *restitutio in integrum* ed all'*actio de dolo*.

I rimedi esperibili in caso di violazione della buona fede coincidono in larga parte con quelli accordati dalla legge in caso di inadempimento³⁵ e ciò non solo quando una parte ponga in essere una condotta contraria alla correttezza ma anche quando essa tenga un comportamento positivo contrario a buona fede ovvero compia atti di esercizio di diritti o di poteri non conformi a quest'ultima.

Dunque una vera e propria responsabilità contrattuale per la quale, tuttavia, come sopra accennato, non è necessario la sussistenza dell'elemento soggettivo di recare intenzionalmente danno alla controparte³⁶, rilevando soltanto il fatto oggettivo che il comportamento tenuto non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale. E sul punto è pienamente recuperata la prospettiva romanistica della valutabilità *ex dolo* di comportamenti pienamente conformi a diritto.

La Cassazione³⁷ ha poi, da ultimo, riconosciuto in via generale il potere del giudice di intervenire sul contratto nell'esercizio di un generale potere di controllo che può spingersi sino al punto di consentire al giudice di modificare *ex officio* la clausola contrattuale che contrasti con il principio di buona fede. Come è stato osservato³⁸, la clausola di buona fede è divenuta così lo strumento per lo svolgimento di una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà ovvero «strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto», dunque di un vaglio di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata; in tale logica la dichiarazione di inefficacia delle clausole contrattuali e, più in generale, dei comportamenti valutati come scorretti e sleali, dà luogo a quella che è stata

35 V. Cass. 20.10.1980, n. 4942, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2669.

36 V. Cass. 24.9.1999, n. 10511, in *Arch. civ.*, 2000, 46 ss.

37 V. ancora Cass. n. 10511 del 1999, cit. V. ancora Cass. n. 10511 del 1999, cit.

38 RICCIO, *La clausola generale di buona fede*, cit. 21 ss.

perspicacemente definita «una sorta di esecuzione in forma specifica del dovere di buona fede»³⁹.

Si recupera così il valore della *iurisdictio* come funzione, partecipe della sovranità, di invero di principi e norme di carattere generale di diritto non scritto⁴⁰.

Un profilo di indagine del fenomeno dell'abuso del diritto, destinato ad assumere particolare interesse, si manifesta, poi, nell'ambito del diritto tributario e con specifico riferimento alle *condotte elusive*⁴¹.

In un simile contesto, difatti, la tensione tra l'esercizio del potere valutativo del giudice, i principi dell'autonomia privata ed i limiti posti all'interpretazione assume peculiare vigore. Come dianzi in parte accennato, appare, difatti, evidente che il sindacato sugli effetti conseguenti ad un esercizio *anomalo* del diritto si manifesta in maniera particolarmente incisiva.

In materia tributaria e, segnatamente, di *imposte dirette* (v. art. 37 bis d.P.r. n. 600/93 e s. m. e i.), sono considerate *inopponibili* all'amministrazione finanziaria quei negozi privi di valide ragioni economiche e volti solo ad aggirare l'ordinamento tributario ed ottenere riduzioni delle imposte. In tal senso, l'abuso del diritto si identificherebbe in un'ipotesi di elusione fiscale, non di evasione⁴², naturalmente in presenza dei relativi presupposti⁴³.

39 F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423; P. RESCIGNO, *Prefazione*, in S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, XXI ss., il quale pone l'attenzione sulla «funzione equitativa della buona fede, componendo i conflitti di interessi, secondo canoni di giustizia che prescindono dallo statico rigore della norma scritta».

40 PALMA, *op. ult. cit.*, 22 ss.

41 In argomento, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario, L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 7 ss. All'a. si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

42 L'elusione evita che si verifichino i presupposti per l'applicazione della norma tributaria.

43 3 Secondo la giurisprudenza del Supremo Collegio i presupposti dell'abuso del diritto tributario possono essere così individuati: mancanza di «valide finalità economiche» e volontà volta solo a beneficiare di un regime fiscale migliore, con onere della prova è a carico dell'amministrazione. Tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, i due descritti requisiti dovrebbero coesistere, ma non vengono escluse anche ulteriori finalità, come, a titolo esemplificativo, agevolare un terzo per motivi d'affetto. Il fondamento costituzionale è, poi, individuato nell'ambito dell'art. 53 Cost., in quanto immanente all'ordinamento, anche comunitario, è il dovere di corrispondere le tasse in forza del principio contributivo. Si esclude, di conseguenza, la nullità del contratto, pur essendoci violazione di norme imperative, in quanto considerate non di «tipo proibitivo». In argomento, cfr., in particolare: Cass., 21.1.2009, n. 1465, in *Boll. Trib.*, 2009, 465 ss.; Cass., sez. trib., 11.5.2012, n. 10807, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., sez. trib., 26.2.2010, n. 4737, in *Corr. trib.*, 2010, 1347 ss. In dottrina, basti rinviare a PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, cit., spec. 38 e 68 e ss.

5. Applicazioni giurisprudenziali della regola della buona fede, con particolare riguardo alla sua funzione di integrazione degli obblighi negoziali: la «tipizzazione» della buona fede contrattuale è un'esigenza ?

Effettuate queste riflessioni di ordine generale, sembra utile, nella proposta prospettiva esegetica, proporre alcuni esempi di applicazione della regola della buona fede ad opera della giurisprudenza, con particolare attenzione alla sua funzione di integrazione degli obblighi contrattuali, attraverso, cioè, l'introduzione nell'ambito del regolamento contrattuale di obblighi e regole di condotta non *originariamente* previsti.

La scelta di condurre, ora, l'indagine su applicazioni concrete del principio di buona fede è motivata dalla questione, oggi singolarmente avvertita, dell'esigenza, da alcuni autori auspicata, di «tipizzazione» o «concretizzazione»⁴⁴ della buona fede contrattuale e, più in generale, delle *clausole generali*⁴⁵.

44 La questione è posta, in maniera particolarmente significativa, da S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in Riv. dir. civ., 2013, 263 ss., ma spec. 264 ss. All'a. si rinvia per opportuni approfondimenti anche di natura bibliografica, oltre che per un'attenta comparazione con l'ordinamento tedesco, ove la *Konkretisierung* e la *Präzisierung* hanno iniziato a svilupparsi (*Fallgruppen*). Fondamentali in argomento le riflessioni di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca, borsa e tit. cred., 1997, 1 ss.: Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 5 ss.; nonché di F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in Comm. Scialoja-Barnca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 94 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1983, I, 205 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. dir. priv. a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 363 ss. In argomento, inoltre, v.: G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, XII, 39 ss.; CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in Riv. dir. civ., 1984, I, 717 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, 68 ss.; S. RODOTA', *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, 102 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1704 ss.

45 In argomento, cfr.: NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411 ss.; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in Riv. crit. dir. priv., 2011, 360 ss.; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in Pol. dir., 1988, 631 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in Comm. Scialoja-Barnca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 284 ss.; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in Comm. Scialoja-Barnca, cit., 94 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1999, 165 ss.; GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.; Id., *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in Tratt. Sacco, Torino, 1999, 131 ss.; UDA, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*,

In una simile direzione, non senza manifestare legittime perplessità, deporrebbe l'esigenza di limitare l'esercizio di poteri discrezionali dell'attività giudicante e, dunque, l'esigenza di certezza del diritto, anche attraverso la «prevedibilità della decisione»⁴⁶.

Anche se, in contrario, pare quasi scontato osservare che una «tipizzazione» della clausola generale specialmente di buon fede sembrerebbe *tradire* la funzione stessa della clausola generale, ossia la sua *elasticità*, nel senso di capacità di adattamento ad ogni astratta possibile fattispecie concreta di riferimento, così valorizzando anche

«l'adeguatezza sociale della sentenza»⁴⁷.

Dunque, la problematica interpretazione delle clausole generali, ed specialmente la buona fede, si pone tra esigenze di «certezza» ed esigenze di «giustizia», assumendo particolare significato, al fine di poter risolvere in un senso o nell'altro, un'attenta valutazione delle diverse teorie dell'interpretazione, tra le quali la «teoria soggettiva» e quella «oggettiva», ma pur sempre alla luce dell'«interpretazione storica» ed «evolutiva», che maggiormente pare in grado di poter comprendere e spiegare il complesso significato e la dinamica applicazione delle clausole generali, pur sempre portato di principi generali⁴⁸.

Torino, 2004, 143 ss.; GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, 581 ss.; MACARIO, *sub art. 1375 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 730 ss.; gli scritti di Rescigno, Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, D'Amico, Astone, Cuffaro, Moscati e Velluzzi, *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 183 ss.; MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo*, in *Contr. e impr. Europ.*, 2008, 50 ss.

46 L'espressione è di PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., spec. 268. L'a., in nota 23, cita ad esempio la decisione di CASS., 26.4.2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420 ss., «secondo cui la responsabilità prevista dall'art. 1337 c., oltre che in caso di rottura ingiustificata dalle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative».

47 In tal senso, sostanzialmente il pensiero della dottrina, in parte citata nelle pagine precedenti. Per tutti, v. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., spec. 267, per il quale «la creazione della «sottonorma», che disciplina il gruppo di casi simili, colmerebbe la lacuna rappresentata dalla indeterminatezza concettuale della clausola generale, ma causerebbe un inaccettabile vincolo per le decisioni successive».

48 Cfr. PATTI, *op. ult. cit.*, 269. Con particolare riferimento all'interpretazione *evolutiva*, v. F. BOCCHINI, in *Diritto privato* a cura di F. Bocchini e E. Quadri, Bologna, 2011, spec. 67 ss. Fondamentali in argomento le riflessioni di A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 11 ss. Cfr., inoltre, VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000, 221 ss.

Proprio con specifico riferimento alla clausola di buona fede può osservarsi, attraverso un'efficace espressione, come il «legislatore», attraverso la clausola generale, offra uno «schizzo di regolamentazione»⁴⁹, «nel momento della formulazione della norma che contiene la clausola, che deve essere concretizzata con riguardo alle singole fattispecie»⁵⁰.

Un recente, particolarmente significativo esempio di «concretizzazione» si ha in materia di «insidie» e «trabocchetti» e, dunque, di *culpa in vigilando* dell'amministrazione e responsabilità conseguenti ex art. 2043 c.c.: «l'ipotizzata concretizzazione dell'insidia appena prima del fatto ne avrebbe prima ancora che escluso la prevedibilità da parte del danneggiato, la tempestiva eliminazione da parte del Comune, così escludendo i profili di colpa su cui si basa la responsabilità ex art. 2043 c.c.». Inoltre, «l'insidia stradale non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Tale situazione, pur assumendo grande importanza probatoria, in quanto può essere considerata dal giudice idonea a integrare una presunzione di sussistenza del nesso eziologico con il sinistro e della colpa del soggetto tenuto a vigilare sulla sicurezza del luogo, non esime il giudice dall'accertare in concreto la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con

l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica».⁵¹

6. Ipotesi applicative della regola di buona fede oggettiva e considerazioni conclusive

Veniamo, dunque, ad alcune significative applicazioni giurisprudenziali della clausola generale della buona fede oggettiva, con particolare riferimento all'ambito delle obbligazioni e dei contratti.

49 L'espressione è di STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin, 1968, 101; ed è tratta da PATTI, *op. ult. cit.*, 277.

50 Così, PATTI, *op. ult. cit.*, 277.

51 Così, Cass., 18.6.2013, n. 15196, in *Guida al diritto*, 2013, 65 ss.; e già Cass., 13.7.2011, n. 15375.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia si manifesta particolarmente evidente⁵², specialmente a partire dagli anni '70. Particolarmente favorevoli e sensibili all'uso di questa regola si sono mostrate le Corti di merito⁵³.

Anteriormente la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, si era mostrata molto diffidente nei confronti dell'uso della regola della buona fede, come regola di comportamento di portata generale. In un celebre precedente, che può essere preso a giusto esempio di quest'orientamento di chiusura, si è addirittura negato che il comportamento contrario a buona fede potesse essere fonte di responsabilità al di fuori del caso in cui esso concreti la «violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altra norma»⁵⁴.

A cominciare dagli anni '80, si inizia ad utilizzare con maggiore efficacia il principio della buona fede in termini di «clausola generale», inizialmente in materia di fideiussione *omnibus* ed in materia bancaria in generale, a tutela specialmente dei consumatori e, più in generale, del *contraente debole*⁵⁵. Nei termini, dunque, sopra descritti, cioè, di «clausola di salvaguardia del sistema e di adattamento del diritto positivo al concreto evolversi dei fatti», valvola di sicurezza del sistema, capace di adeguarlo all'evolversi della società.

In una simile prospettiva, si consideri la discussa ipotesi dell'uso della buona fede come strumento di protezione dei terzi, che, in buona fede, ricevono effetti pregiudizievoli da un contratto al quale sono estranei. In una nuova concezione del *contratto a favore del terzo*, non limitato negli angusti limiti di cui all'art. 1411 del c.c., bensì nel senso di «*contratto con effetti protettivi a favore del terzo*» (*Schutzwirkungsvertrag*), in attuazione dei c. d. «doveri sociali di protezione», argomentando anche dall'art. 2 della Costituzione⁵⁶. In tali casi, la buona fede assume anche funzione di integrazione del contenuto e degli obblighi contrattuali. Per un esempio significativo, si ricordi, in materia di prestazioni sanitarie, il

52 In aggiunta agli autori citati nelle note precedenti, per una descrizione, si ricordi anche CASS., 4.4.1996, n. 6225, in *Foro it.*, 1997, I, 1345.

53 Tra le tante, si ricordi Trib. Verona, 30.5.1981.

54 Così, Cass., 16.2.1963, n. 357, cit. In dottrina, tra gli «oppositori» all'uso della clausola generale di buona fede, come regola precettiva, si ricordi, in particolare, U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*

55 Cfr., RODOTA', *La buona fede*, cit., 56 ss.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 112 ss.

56 Cfr., CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Diritto civile, Milano, 1995, spec. 224 e ss. L'a. indica come fondamento normativo degli obblighi di protezione, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost.; Id. voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1991, n. 9, 7 e ss.

noto caso del contagio da sangue infetto, sino a giungere ai casi oggi definiti di responsabilità da «contatto sociale»⁵⁷

Si consideri ancora la tutela del consumatore, in ambito negoziale (ad esempio, le clausole abusive), in ambito extracontrattuale (ad esempio, la responsabilità del produttore da prodotti difettosi), ed in ambito concorrenziale (l'esperienza dei c. d. «cartelli anticoncorrenziali», intese restrittive, abusi di posizione dominante, concentrazioni, ipotesi di atti lesivi della leale concorrenza, la cui inefficacia può essere fatta dichiarare anche, oggi, dai «consumatori finali privati»)⁵⁸.

Altri esempi di applicazione del principio di buona fede si hanno in materia di doveri di informazione nello svolgimento di attività professionale (ad esempio, il medico, l'avvocato, l'intermediario finanziario, il notaio, e così via)⁵⁹. Attenta

57 Ad esempio, il caso della responsabilità del medico dipendente di ente ospedaliero per i danni causati al paziente (v. Cass., 22.1.1999, n. 589, cit., che, affermando la natura contrattuale di questa responsabilità, ha mutato il pregresso consolidato orientamento, v., tra le altre, Cass., 13.3.1998, n. 2750). Nonché, in materia di Pubblica Amministrazione, la c. d. «responsabilità da contatto procedimentale della p.a.», che involge anche la complessa e dibattuta tematica della natura dei c. d. «interessi procedimentali», oggi, alla luce delle recentissime riforme legislative, maggiormente rafforzati. In questo caso, si tende a configurare una responsabilità precontrattuale, e non contrattuale, benché l'argomento sia vivacemente dibattuto e gli orientamenti oscillanti (v. Consiglio di Stato, 6.8.2001, n. 4239, con commento di R. CARBONE, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da «contatto procedimentale»*, in *Danno e resp.*, 2, 183 e ss.; Cass., 29.4.1999, n. 1501, in *Giust. civ.*, 2000, 678). Questa peculiare ipotesi dei responsabilità trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 97, per il quale la P.A. ha il dovere di comportarsi secondo i canoni della legalità, efficienza, trasparenza e buon andamento. Per una pregevole sintesi ricostruttiva in materia, cfr. A. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Milano, 2011, spec. 59 e 101 ss. All'a. si rinvia anche per ogni opportuno riferimento di natura bibliografica.

58 In argomento, basti rinviare a F. RINALDI, *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata, in Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. Prisco, Torino, 2002, 151 ss.; Id., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, 39 ss. All'a. si rinvia anche per ogni ulteriore approfondimento di natura bibliografica.

59 In argomento, in materia di obbligo del notaio di preventivo accertamento della libertà del bene, v. CASS., 22.3.1994, n. 2699, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 569 ss., con commento di E. CONIO, *Effetti dell'applicazione del principio generale di correttezza e buona fede sull'estensione dei doveri professionali del notaio, con riferimento all'obbligo di procedere alle visure ipocatastali*; CASS., 13.6.2002, n. 8470, in *Notariato*, 2003, 24 ss., con commento di F. TACCINI, *Responsabilità del notaio in caso di dispensa dalle visure da parte del solo acquirente*. In dottrina, v. P. MOTTA, *Funzione notarile e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 418 ss.; Id., *Limiti dell'indagine ipotecaria e responsabilità del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1998, 95 ss., in commento a Trib. Milano, 30.9.1996.

dottrina proprio dall'invadenza dei doveri di informazione ha sostenuto la responsabilità, in ogni caso contrattuale del medico, nei confronti del paziente⁶⁰.

L'indagine si amplia, estendendosi, come in parte accennato, al fenomeno dell'abuso del diritto, nell'ambito del quale – anche per la difficoltà di distinzione dalla violazione dell'obbligo di buona fede – un esempio particolarmente significativo proviene dalle relazioni commerciali tra imprenditori e consiste nel recesso ingiustificato dall'accordo (art. 1337 cod. civ.), anche nel caso in cui il contratto sia a tempo indeterminato, ove tale scioglimento unilaterale non trovi alcuna oggettiva giustificazione (ad esempio, una diminuzione di produttività dell'imprenditore concessionario, nei relativi contratti di vendita di prodotti industriali)⁶¹.

Il ricorso a casi concreti appare, dunque, utile al fine di meglio potersi comprendere la portata effettiva della clausola generale della buona fede.

Dai proposti esempi, tra di loro molto diversi, emerge, tuttavia, una diversa ed ulteriore funzione svolta dalla buona fede oggettiva, ossia di individuazione del «tipo» di responsabilità configurantesi a seconda del caso concreto, cioè, contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, a seconda se, cioè, la regola di condotta o di comportamento tragga origine da una obbligazione o un contratto, per intenderci, dalla violazione di un diritto relativo; oppure da un diritto assoluto (art. 2043 c.c.)⁶².

In una simile prospettiva, si considerino, specificamente in materia di *obbligazioni e contratti*, la funzione della regola della correttezza o buona fede in termini di fonte del dovere di avviso alla controparte nello svolgimento del rapporto contrattuale. Noto è il caso dell'avvocato che mette in esecuzione un provvedimento di condanna ad una somma pecuniaria pur in presenza dell'invio dell'assegno circolare da parte del debitore, e soltanto perché su detto assegno non era stata apposta la firma per girata. Un comportamento di buona fede, nel caso di specie, avrebbe imposto di contattare il debitore chiedendo di apporre

60 In particolare, E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 319 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22.1.1999, n. 589, e Cass., 22.11.1993, n. 11503.

61 Tra le diverse decisioni in argomento, più di recente, v. CASS., 6.4.2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420 ss.

62 In una simile prospettiva, significative le descritte ipotesi di responsabilità del medico; nonché l'atteggiarsi della responsabilità nel caso della doppia alienazione dal medesimo avente causa (v. Cass., 15.6.1988, n. 4090, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 309 ss.).

la firma per girata, nel caso l'avesse dimenticata per mera svista; ed in caso di inerzia o diniego agire in esecuzione⁶³.

Il principio di buona fede inteso come dovere della parte di attivarsi, collaborando con la controparte per l'esecuzione della sua prestazione, ove ciò non comporti eccessivi sacrifici, come accade nel caso dei «ponteggi», ossia il caso in cui, nell'ambito di un contratto di appalto, il committente si obbliga a fornire ponteggi idonei all'appaltatore, e poi non provvede, dando luogo alla risoluzione del contratto. Viene, successivamente, concluso con diverso appaltatore altro contratto di appalto, fornendo, questa volta, i ponteggi idonei, che si era dichiarato di non avere⁶⁴.

Neppure può omettersi il riferimento alla controversa problematica della riducibilità d'ufficio o meno ad opera del giudice della clausola penale, in applicazione del principio di buona fede in funzione di controllo degli atti di autonomia privata⁶⁵.

Particolare interesse assume, inoltre, il dibattito circa la natura e gli effetti della violazione della regola di buona fede nelle previsioni normative di cui agli artt. 1337 e 1338 del cod. civ., in ambito precontrattuale, tra *regola di condotta* e *regola di validità*. Al riguardo, la differenza tra le due ipotesi di responsabilità precontrattuale – di cui ai citati artt. 1337 e 1338 del cod. civ. –, è stata puntualmente indicata nella circostanza che «la responsabilità prevista dall'art. 1338 a differenza di quella di cui all'art. 1337, non tutela l'affidamento di una delle parti sulla conclusione del contratto, ma sulla validità di esso»⁶⁶. Ed in maniera ancora più esplicita, «la responsabilità prevista dalla norma di cui all'art. 1338 in tema di colpa precontrattuale, a differenza della fattispecie prevista dall'art. 1337, non tutela l'affidamento di una delle parti nella conclusione del contratto, ma l'affidamento della parte sulla validità del contratto, per cui il danno risarcibile non è in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma soltanto quello riconducibile al fatto di avere confidato nella validità del contratto»⁶⁷.

Le sopra riportate disposizioni normative hanno dato la stura ad ampia ed efficace applicazione dei doveri di informazione in particolari categorie di con-

63 Così, Trib. Bologna, 21.7.1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 277.

64 Cfr., Trib. Verona, 30.5.1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 372.

65 L'orientamento della riducibilità di ufficio della clausola penale (v. Cass., 24.9.1999, n. 10511, in *Foro it.*, I, 2000, 789) appare oscillante. Difatti, per un ritorno al passato, ovvero per la non riducibilità di ufficio, nota è Cass., 27.10.2000, n. 14172, in *Nuova giur. civ. commo.*, 2001, I, 567.

66 Così, Cass., 26.8.1997, n. 7997.

67 Cass., 26.5.1992, n. 6294.

tratti, quelli finanziari, particolarmente sensibili alle dinamiche, non solo di mercato, ma anche sociali e politiche degli Stati⁶⁸.

Un'altra applicazione della clausola generale di buona fede merita di essere segnalata, in materia di contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati ed in funzione di integrazione degli obblighi contrattuali: «in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè, della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, sicché la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno ed obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del

68 Il riferimento è al noto e recente caso dei *bond argentini*. Tra le diverse decisioni di merito in argomento, si ricordi, in particolare, In tal senso, specialmente, Trib. Mantova, 12.12.2004, in Corr. giur., 2004, 145 ss., per il quale «l'intermediario deve agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato ed è tenuto ad informare il cliente dei rischi connessi alle specifiche operazioni di investimento, segnatamente la natura altamente rischiosa dell'investimento secondo le valutazioni operate dalle agenzie di rating». Pertanto, «è inefficace ai sensi dell'art. 1469 bis, n. 18, c.c., e non esonera l'intermediario dall'onere di fornire la prova del tipo di informazione concretamente fornita, la clausola contenuta su un ordine di acquisto secondo la quale i clienti hanno ricevuto adeguate informazioni in merito ai rischi connessi allo strumento finanziario oggetto di negoziazione». Inoltre, «ai fini della valutazione dell'adeguatezza di un'operazione di investimento in strumenti finanziari ad alto rischio devono essere presi in considerazione l'età e l'esperienza dei risparmiatori, la dimensione dell'operazione, nonché la propensione al rischio dell'investitore». In mancanza di tali informazioni necessarie, afferma il Giudice del merito, «è nullo ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. il contratto d'acquisto di strumenti finanziari concluso in violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari dall'art. 21 t.u.f. e dal regolamento Consob 11522/98». Nel caso all'esame dei Giudici del Tribunale di Mantova, questi ha dichiarato nullo l'ordine di borsa avente ad oggetto l'acquisto di obbligazioni argentine (c. d. tango bond), relativamente al quale l'intermediario finanziario non aveva provato di aver informato il cliente dei rischi connessi alla specifica operazione di investimento e di averne segnalato la non adeguatezza. La nullità dell'ordine di acquisto determina l'obbligo della Banca di restituire la somma investita dall'istante, con diritto agli interessi legali dal fatto sino all'effettiva restituzione, trattandosi di debito di valuta ai sensi e per gli effetti dell'art. 1224, c. 2, del c.c.

«neminem laedere», senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte»⁶⁹.

Ed inoltre, la regola della buona fede oggettiva viene «utilizzata» in funzione di fonte non solo integrativa del contratto, ma anche del diritto, sicché «è inadempiente perché viola il principio dell'art. 1375 c.c., l'artista, che in assenza di un preciso accordo sulle modalità di esecuzione della prestazione, e più precisamente sulla sua durata, esegua uno spettacolo eccessivamente breve in contrasto con la consolidata prassi secondo cui la durata minima di una rappresentazione teatrale deve essere di almeno un'ora»⁷⁰.

La clausola generale di buona fede oggettiva, sia in funzione di regola di condotta che di validità dell'atto, si presta, dunque, ad infinite ed imprevedibili applicazioni, come si è tentato di porre in debita evidenza nelle pagine che precedono.

Sarà, dunque, difficile compito del *giurista* – e non, sembra potersi ritenere, del legislatore – quello di provvedere a «riempire di significato»⁷¹ la nozione di questa complessa e flessibile clausola generale del sistema, qual è la regola della buona fede. E, se il prezzo da pagare, è il rischio di una discrezionalità spesso difficilmente controllabile, sembra, almeno per adesso, possa essere corrisposto, al fine di assicurare quella insopprimibile necessità di adattamento dell'Ordine oggettivo alla realtà fenomenica.

69 Si tratta di Cass., 18.10.2004, n. 20399, in *I contratti*, 2005, 429, con commento di M. Selvini. Nel caso di specie, la Corte, nell'ambito di un contratto preliminare di vendita antecedente l'entrata in vigore della legge 47/85, afferma l'inadempimento dei promittenti venditori, per non avere «sanato» l'immobile, abusivamente costruito, e per non avere acquisito il relativo certificato di abitabilità. E ciò a prescindere da una esplicita previsione negoziale di attribuzione a carico dei venditori di tali obblighi.

70 Cfr., Trib. Chiavari, 14.3.2008, in *Dir. e giur.*, 2009, 462 ss.

71 Nell' *Introduzione* al citato fondamentale testo in argomento di G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), ristampa, Napoli, 2013, IX ss., E. CAPOBIANCO, *Buon costume e buona fede di Giuseppe Panza: abuso del diritto e dinamiche rimediali nei contratti*, osserva, con specifico riferimento alla regola del *buon costume*, come si tratti, al pari della buona fede, di «regole non di dettaglio, corrispondenti a nozioni fluide, flessibili, valutative, relativamente alle quali il legislatore delega consapevolmente all'interprete il difficile compito di specificarle, svilupparle e integrarle, legittimando scelte e decisioni che non possono richiamarsi allo schema della fattispecie. Il giurista è pertanto chiamato a svolgere quell'insopprimibile ruolo di «riempimento» ed i «significazione» della nozione di buon costume, quale concetto valvola o norma in bianco, che sottende inevitabilmente scelte a caratura assiologica e arbitrati anche di ordine politico tra gli interessi in gioco». In argomento, P. PERLINGIERI, *L'informazione E Il Contratto*, In Id., *Il Diritto Dei Contratti Tra Persona E Mercato*, Napoli, 2003, 375 Ss., Richiama, In Questa Prospettiva, L'attenzione Sul Fondamento Costituzionale (Art. 2 Cost.) Delle Clausole Generali, Di Cui Si È Ampiamente Discorso Nelle Pagine Che Precedono, Ispirate «Ad Un Principio Di Solidarietà Non Soltanto Economica, Ma Politica E Sociale».