

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL  
DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN  
(CRITERIOS FIJADOS POR LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS)**

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.  
COMPARAÇÃO  
(CRITÉRIOS FIXADOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE  
DIREITOS HUMANOS)**

**CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY  
CONTROL. COMPARATIVE  
(CRITERIA FIXED BY THE INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS)**

*Juan Carlos Hitters\**

**SÍNTESIS**

El *'control de convencionalidad'* es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una 'comparación' entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados.

**Palabras clave:** Control; Constitucionalid; Convencionalidad; Comparación.

**RESUMO**

O Controle de Convencionalidade é um mecanismo que deve ser levado a cabo, primeiro pelos aparatos judiciais domésticos, realizando uma comparação entre o direito local e o supranacional, com o fim de velar pelo efeito útil dos instrumentos internacionais, que surjam dos Tratados, do

---

\* Professor Doutor da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Avda. 7 N° 776 | 1900, La Plata, Buenos Aires, Argentina. Correspondência para / *Correspondence to:* Calle 44 n. 768 – 7° A, 1900 La Plata, Buenos Aires, Argentina. E-mail: hitters@scba.gov.ar.

*ius cogens* ou da jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos; e em breve essa tarefa deve ser exercida pela Corte se o caso chegar à sua análise.

**Palavras-chave:** Controle; Constitucionalidade; Convencionalidade; Comparação.

#### ABSTRACT

Conventionality control is a mechanism that needs to be enforced, firstly by the domestic judicial apparatus, by comparing local and supranational law, and aiming to zeal for the utility effect of the international instruments that arise from treaties, *ius cogens* or the jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights; and then by the Court itself in the event that a *casis* is present to its analysis.

**Keywords:** Control; Constitutionality; Conventionality; Comparative.

## INTRODUCCIÓN

### Control de convencionalidad

#### *Orígenes*

8

Los órganos jurisdiccionales locales – y los Tribunales Constitucionales que en determinados países no dependen del Poder Jurisdiccional – ejercitan el llamado *control de constitucionalidad* que importa una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un contralor *concentrado*, típico de algunas Constituciones Europeas, a partir de la Austriaca de 1946, donde la revisión es hecha exclusivamente por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso – como es por demás sabido –, del control *difuso* que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina, por todos y cada uno de los magistrados judiciales.

Pero como lo vienen sosteniendo desde hace no mucho tiempo algunos de los Magistrados de la Corte Interamericana, dicho cuerpo ejercita lo que ha dado en llamar a partir del caso Myrna Mack Chang<sup>1</sup> el “Control de Convencionalidad”, lo que obviamente significa una comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones a las que nuestro país se ha plegado, como luego veremos, y las disposiciones del derecho interno de las naciones adheridas al modelo.

<sup>1</sup> Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C n. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

En tal sentido se expresó la Corte en el caso Trabajadores Cesados<sup>2</sup> al sostener que “...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana...”<sup>3</sup>.

Claro está que cuando se utiliza la terminología de “control de convencionalidad”, no se quiere decir que recién a partir del citado asunto la Corte IDH haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología.

Dicho órgano interamericano ha dejado en claro siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su tarea es *la de inspeccionar si los países han violado o no las convenciones sujetas a su competencia*<sup>4</sup>.

Por ello ha establecido – sin entrometerse en las jurisdicciones locales– que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “...tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”<sup>5</sup>. En

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C n. 158, párr. 128. Ídem Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 154, párr. 124.

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit., párr. 128; cfr. Caso Almonacid Arellano, cit., párr. 124. Véase Loiano, Adelina, *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina*, “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”, en Albanese, Susana, Coordinadora, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, pp. 114 a 117. Véase también Sagüés, Néstor, *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, 2009-B, p. 761.

<sup>4</sup> Como bien apuntan Albar y Cañado Trindade, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (Germán, Albar y Cañado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, 1998, Costa Rica, p. 584).

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C n. 144, párr.167, entre muchos otros.

ese mismo sentido ha añadido – repetimos – que sólo circunstancias *excepcionales* pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”<sup>6</sup>.

Esa doctrina que ‘*indirectamente*’ tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas<sup>7</sup>, aunque en los últimos tiempos fue acatada *in totum*, con algunas disidencias<sup>8</sup>.

Hemos querido adelantar a modo propedéutico que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno, ya que su misión consiste en ‘*controlar*’ si las normas locales acatan -o no- las convenciones internacionales; y por ende *no se convierte en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes de los países*<sup>9</sup>.

Surge de lo antedicho que la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad ‘*comparando*’ la norma del derecho interno<sup>10</sup> en relación a la convención y desentrañar si aquella violenta a ésta. Conjugando las ideas hasta ahora expuestas podemos decir – con algunas aclaraciones que

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C n. 135, párr. 121, etc.

<sup>7</sup> Hitters, Juan Carlos, *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, La Ley, Buenos Aires, 2003-D, p. 1373.

<sup>8</sup> Recientemente uno de los Ministros del más Alto Tribunal Nacional Argentino ha expresado que: “La salvaguarda de los derechos y libertades del menor y la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061, requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquél, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra el menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio” (CNS. García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa n. 7537. Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

<sup>9</sup> Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, La Ley 2008-E, p. 1169.

<sup>10</sup> Para esclarecer si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, por las actuaciones de órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los procesos internos. (Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C n. 135, párr. 121). En el Caso Acevedo Jaramillo (Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C n. 144, par. 167) la Corte señaló que “... eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada, lo cual no ha ocurrido en el presente caso...” (Cfr. Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n. 132, párr. 98; Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n. 117, párr. 131; y Caso Genie Lacayo. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C n. 45, párrs. 10 a 12).

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

luego haremos – que del postulado liminar antedicho surge que la Corte regional no se ocupa – por principio – de la legislación doméstica, sólo escruta si la misma transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y otros tratados), y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 del Pacto aludido)<sup>11</sup>.

Conviene alertar sobre la importancia de tal tarea que lleva a cabo la Corte a través de este contralor heterónimo<sup>12</sup>, que importa de alguna manera una especie de ‘casación regional’ que sirve para unificar la interpretación jurídica de los países plegados al modelo, que abarca en el ámbito interamericano más de trescientos millones de habitantes<sup>13</sup>.

Lo cierto es que este ‘control de convencionalidad’ no sólo se ejercita en el sistema regional correspondiente al área de los derechos humanos, sino también que dicha inspección se cumple desde antiguo en el derecho comunitario<sup>14</sup>, sea por los jueces nacionales como por el propio Tribunal de Luxemburgo<sup>15</sup>.

En efecto, desde la famosa sentencia “Costa vs. ENEL” dictada por este cuerpo judicial internacional, en el año 1964<sup>16</sup>, el mismo sostuvo que las leyes comunitarias, tanto primarias como secundarias, han sido consistentemente proclamadas por ese organismo como preeminentes tanto frente a las leyes internas anteriores, como a las posteriores (incluyendo las leyes constitucionales nacionales)<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Hitters, Juan Carlos, *Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales*, La Ley 2007-C, p. 875.

<sup>12</sup> Cuando decimos heterónimo, no estamos hablando de una inspección hecha por cuerpos extranjeros, ya que tanto la Comisión IDH como la Corte IDH forman parte del Sistema Interamericano, por lo que obviamente no pueden entenderse como extraños a nuestro sistema regional.

<sup>13</sup> El último protocolo de la versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea regula en su artículo 56 un ‘recurso de casación’ ante el Tribunal de Luxemburgo, contra las sentencias dictadas por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia de dicha Comunidad.

<sup>14</sup> Hitters, Juan Carlos, Legitimación democrática del Poder Judicial y Control de Constitucionalidad. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, ISSN 0211-7754, n. 2, 1987, págs. 421-434. Ídem mismo autor, *Solución de controversias en el ámbito del Mercosur – Hacia un derecho comunitario*, La Ley, 1997-C, p. 1406, véase punto “C” y nota 17. Conf. mismo autor, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, t. 1, p. 29 y sigs; ídem Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2. ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, t. 1, Volumen 1, pág. 79 y sigs.

<sup>15</sup> Cappelletti, Mauro, El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado. *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, n. 13, 1980, Traducción de Faustino González, págs. 61-104.

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, “Costa vs. ENEL”, en E.C.R., 1964, pág. 585.

<sup>17</sup> El principio de autonomía quedó perfectamente dibujado hace ya tiempo en el caso “*Van Gen en Loos*”, donde ese tribunal expresó que el Derecho comunitario es un nuevo orden jurídico, en cuyo beneficio los Estados signatarios han limitado ciertas esferas de su soberanía. A su vez en el

Estos criterios han quedado firmes en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y en sus Protocolos.

### *Desarrollo de la institución. Progresividad*

Como vimos, la terminología utilizada, esto es “control de convencionalidad”, fue manejada por primera vez, en el mencionado caso Myrna Mack Chang, en el año 2003, a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez<sup>18</sup>.

El 7 de diciembre de 2004 en el caso Tibi<sup>19</sup>, dicho magistrado volvió a poner la Pica en Flandes sobre esta problemática, sosteniendo, con buen tino, que la tarea de los jueces trasnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales, “La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público – y, eventualmente, de otros agentes sociales – al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”<sup>20</sup>.

Aclara allí el citado jurista mexicano que del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni lo debe pretender, traer ante sí todos los casos en que se cuestione la suprallegalidad de actos y normas; “un tribunal internacional de derechos humanos no aspira – mucho menos todavía que el órgano nacional – a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento”<sup>21</sup>.

---

*leadin case* “Costa vs. ENEL”, dejó sentada la doctrina de la supremacía de las disposiciones normativas de la Comunidad.

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang, cit.

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C n. 114.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso Tibi, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 3.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Tibi, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 4.

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

Lo expresado significa – en definitiva- que en el ámbito regional, el país debe tener en cuenta “la jurisprudencia” de ese órgano supranacional y poner en marcha tales criterios en el campo doméstico.

En el caso Raxcacó Reyes<sup>22</sup> la Corte IDH, llevando a cabo el “control de convencionalidad”<sup>23</sup>, entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que éste último infringía los postulados de aquél, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional “El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro...”<sup>24</sup>.

En el año 2006 en el asunto López Álvarez<sup>25</sup> el juez García Ramírez, volvió sobre esta temática cuando le tocó analizar el ‘plazo razonable’ (arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), sosteniendo que “...el ‘control de convencionalidad’ debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes”<sup>26</sup>.

En el caso Almonacid Arellano<sup>27</sup> – ahora – la Corte ‘en pleno’ se ocupó de tal problemática – refiriéndose a delitos de lesa humanidad –, sosteniendo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, ‘sus jueces’ “*como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella*”<sup>28</sup>, lo que les obliga

<sup>22</sup> Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n. 133.

<sup>23</sup> En este caso no se utilizó expresamente la frase ‘control de convencionalidad’.

<sup>24</sup> Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes, cit., párr. 145, subpuntos 5, 6, 7 y 8. Se le había impuesto al señor Roland Raxcacó Reyes la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro, pese a que dicha sanción no se encontraba prevista en la ley al momento que Guatemala ratificó la Convención Americana, sólo se admitía cuando como consecuencia de tales hechos, falleciera la persona secuestrada, que no era el caso juzgado.

<sup>25</sup> Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141.

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso López Álvarez, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 30.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, cit.

<sup>28</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, cit., párr. 124.

a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin. En otras palabras “el Poder Judicial debe ejercer *una especie*<sup>29</sup> de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención”<sup>30</sup> (énfasis añadido).

Repárese que en el asunto referido el Tribunal Interamericano – en pleno – utilizó por primera vez la frase ‘control de convencionalidad’.

En el caso Vargas Areco<sup>31</sup> fallado en septiembre de 2006, nuevamente el Juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado trabajó sobre esta álgida cuestión hablando de ‘control de convencionalidad’<sup>32</sup>.

Tales expresiones del Magistrado aludido apuntan a anunciar que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, etc.; con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia -examen de compatibilidad- entre aquéllos y éstas<sup>33</sup>.

Desde esa vertiente, no debemos olvidar que la lógica del modelo tutelar del Pacto de Costa Rica, reside en la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos “... esto es evidente y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención – e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito –, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención”<sup>34</sup>.

El 24 de noviembre de 2006, el Tribunal de marras en el caso de los Trabajadores Cesados<sup>35</sup>, todos los jueces abordaron esta cuestión de control de convencionalidad<sup>36</sup>.

<sup>29</sup> Sagüés, Néstor, *El control de convencionalidad*, ob. cit.

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, cit., párr. 124.

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 155.

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Vargas Areco, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.

<sup>33</sup> Corte IDH, Caso Vargas Areco, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso Vargas Areco, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 8.

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit.

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, cit., párr. 128.

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

Posteriormente el Juez Cançado Trindade añadió conceptos en el mismo asunto aunque ahora en el año 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia<sup>37</sup>.

Conviene reiterar que en el citado caso del año 2006 la Corte no habló ya de 'una especie' de control, sino que directamente lo calificó como 'control de convencionalidad', lo que hace presumir que dicha terminología quedó a partir de ese momento anclada en los andariveles de ese cuerpo.

En el segundo de los expedientes citados (Solicitud de Interpretación)<sup>38</sup>, el Juez Cançado Trindade<sup>39</sup> en su Voto Disidente, hizo un excelente análisis de la institución que venimos abordando, hablando – con cita de Cappelletti<sup>40</sup> – *de la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del derecho* (tema del que nos hemos ocupado en varios trabajos anteriores)<sup>41</sup>. Puso énfasis en sostener – y esto parécenos de mucha importancia – que la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del derecho interno<sup>42</sup> (artículo 46.1.a de la CADH) integra la propia protección internacional de los derechos humanos (aquí vuelve a su voto del 2006 en el Caso de Trabajadores Cesados)<sup>43</sup>.

Sostiene allí el Juez de marras que el art. 2 del Pacto al imponer esa obligación de 'armonización' entre el derecho nacional y el internacional se abre el camino para una 'constitucionalización' de una convención supranacional<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, Sentencia de 30 de Noviembre de 2007, Serie C n. 174, Voto Disidente del mencionado Juez.

<sup>38</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit.

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit., voto concurrente razonado del Juez Cançado Trindade.

<sup>40</sup> Cappelletti, Mauro, *La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 239. Ídem mismo autor, *El "formidable problema" del control judicial y la contribución del análisis comparado*, ob. cit.

<sup>41</sup> Véase, Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1991, ob. cit., t. 1, p. 29, párr. 9, punto III, nota 33; ídem Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª Edición, 2007, ob. cit., t. 1, Volumen 1, pág. 79, párr. 9, punto III, nota 102 [Hitters, Juan Carlos, *El Derecho Procesal Constitucional. Revista el Derecho*, t. 121, p. 881; ídem en *Estudios de Derecho Constitucional Panameño*, Compilador Jorge Fabrega, Panamá, 1987, p. 865]. Ídem Cappelletti, Mauro, *Acceso a la Justicia, Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XXIII, n. 41. Ídem *Giustizia Costituzionale Soprannazionale*, en Rivista Di Diritto Processual, anno XXXIII, t. II, 1978.

<sup>42</sup> Hitters, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 1991, ob. cit., t. II, págs. 348 y sig.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, cit., voto concurrente razonado del Juez Cançado Trindade, párr. 11.

<sup>44</sup> En el caso Penal Castro Castro (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C n. 160), en su voto razonado, el Juez García Ramírez volvió a hacer referencia al tema que nos ocupa, sosteniendo que a través del 'control

El 20 de septiembre de 2007, en el caso *Boyce*<sup>45</sup>, la Corte se ocupó nuevamente de esta temática<sup>46</sup>, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme al Pacto de San José. Se dijo allí que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (art. 26), el Estado debió cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, "...y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales..."<sup>47</sup>.

Ejemplificando, y con un tono docente se señaló allí que la jurisdicción interna no se debió limitar a evaluar si la norma local era constitucional o no, ya que la Corte de Justicia del Caribe (último órgano doméstico), debió también decidir si la ley de Barbados, esgrimida en las sentencias locales, *violó o no la Convención*<sup>48</sup> (énfasis añadido).

En el Caso *Heliodoro Portugal*<sup>49</sup>, en un asunto referido a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita adunó que a través de lo que se denomina 'control de convencionalidad', cada juzgador debe velar por el efecto útil de los

---

de convencionalidad' la Corte IDH explora "...en el universo normativo al que debe disciplinar su desempeño las disposiciones que le confieren o le niegan atribuciones para conocer de ciertas contiendas. Esta es la primera cuestión que analiza y resuelve el órgano jurisdiccional que recibe una demanda de justicia. El punto no reviste mayor complicación cuando existe una norma clara, enfática, que de manera directa y explícita confiere esas atribuciones. Obviamente, tampoco la hay cuando la norma niega semejante posibilidad o la concede a un órgano diferente de aquel que está analizando y resolviendo sobre su propia competencia..." (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 16), agregando que "...Existe una tercera situación, que se plantea cuando las disposiciones del ordenamiento sobre derechos humanos contienen algún régimen sobre el control de la materia por parte de los órganos internacionales de protección, pero la fórmula que utilizan no es por sí misma, *prima facie*, suficientemente explícita o unívoca, o difiere de la utilizada en otros casos. En esta hipótesis, el tribunal debe interpretar la disposición y hallar su significado. No digo, por supuesto, que debe 'integrar' el ordenamiento y crear, a partir de su voluntad o de su imaginación, una competencia que no se encuentra recogida, en lo absoluto, en la norma sobre control de convencionalidad de los actos del Estado. Su poder no llega tan lejos: sólo debe desentrañar el sentido de la disposición oscura o elusiva y establecer, a través de ese proceso lógico-jurídico, su sentido y alcance. Es esto lo que ha hecho la Corte Interamericana a propósito de la Convención de Belém do Pará, y su aplicabilidad al presente caso..." (Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 17).

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso *Boyce* y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C n. 169.

<sup>46</sup> Se trataba de una sentencia que dispuso la pena de muerte de dos personas y una norma del derecho interno de Barbados no permitía a los Tribunales que declaren la inconstitucionalidad dicha máxima sentencia.

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 77. Véase Sagüés, Nestor, ob. cit.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso *Boyce*, cit., párr. 78.

<sup>49</sup> Corte IDH. Caso *Heliodoro Portugal* Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n. 186, párrs. 180-181.

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico – tal cual ya lo dijimos – *debe adecuar* sus normas al Pacto de San José.

La Corte ha interpretado que la `adecuación´ de los preceptos locales “... implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>50</sup>, criterio que ya había sido fijado con anterioridad.

### Control de convencionalidad en abstracto

Conviene poner de resalto que en los primeros tiempos tal Tribunal Interamericano sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales, *aún en abstracto*<sup>51</sup>.

En efecto, el 27 de enero de 1995 en el caso Genie Lacayo<sup>52</sup> había expresado que “...La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto* sino que es ejercida para resolver casos *concretos* en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención...”; concluyendo que no tiene aptitud para activar *ex officio* `en abstracto´ el contralor de convencionalidad, criterio que mantuvo a rajatabla en el mismo asunto el 29 de enero de 1997 en la sentencia sobre el fondo<sup>53</sup>.

Tal pauta fue criticada en estas últimas actuaciones por el entonces Juez Cañado Trindade en su Voto Disidente, quien abriendo una brecha en la sólida jurisprudencia precedente, dejó en claro que la infracción convencional *se produce por el sólo hecho de que la norma doméstica esté vigente (aunque no haya sido aplicada)*; añadiendo luego en el caso “El Amparo” que para que exista maltrato a la CADH “...no me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño...”<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 180.

<sup>51</sup> Sobre el particular puede verse el importante libro del profesor colombiano Ernesto Rey Cantor, a donde nos remitimos *brevitatis causa*, dado que lleva ahí análisis pormenorizado de la temática (*Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008. págs. 68, 69, 70, 71 y sigs).

<sup>52</sup> Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Serie C n. 21, párr. 50.

<sup>53</sup> Corte IDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Fondo, Serie C n. 30, párr. 91.

<sup>54</sup> Corte IDH, Caso El Amparo Vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C n. 28, Voto Disidente del Juez Cañado Trindade, párr. 3. Agregó dicho magistrado que “...un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas...” (párr. 5).

En una segunda etapa – como puntualiza Rey Cantor<sup>55</sup> – se muestra un cierto cambio en la jurisprudencia aludida, al sostener la Corte IDH en el caso Suárez Rosero<sup>56</sup> y posteriormente en Castillo Petruzzi<sup>57</sup> entre otros, que puede haber infracción al Pacto de San José *aún cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto*.

En una apretada síntesis podemos decir que en las últimas épocas ese Tribunal efectuó como siempre el control de convencionalidad de los preceptos del derecho doméstico aplicados al caso concreto; y también de aquellas reglas que habiendo sido sancionadas – y vigentes – no hubieran sido utilizadas en una causa determinada<sup>58</sup>.

## PARTICULARIDADES

### ¿Quiénes ejercen este control?

18

Quedó remarcada, en el caso Almonacid Arellano<sup>59</sup> – entre otros –, la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no sólo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el control de marras, sino también que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello así porque -reiteramos- la intervención de los cuerpos supranacionales es *subsidiaria* y las actuaciones -por regla- deben ser analizadas en la instancia doméstica sin perjuicio del eventual “salto” a los andariveles interamericanos. De ahí que el Pacto impone la necesidad de “agotar los derechos internos” (art. 46.1.a).

Como expresamos, se trata de aplicar primero el ‘control de constitucionalidad’ a través del juez local, quien debe también llevar a cabo la inspección de ‘convencionalidad’, sucede algo similar a lo que acaece en el orden interno con la cuestión federal, ya que según la clásica jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, la norma debe ser analizada primero por los cuerpos

<sup>55</sup> Ernesto Rey Cantor, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, ob. cit., págs. 81 a 93.

<sup>56</sup> Corte IDH, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C n. 35, párr. 98; apuntalando ese criterio véase también el Voto Razonado del Juez Cançado Trindade en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C n. 73, párr. 13.

<sup>57</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n. 52.

<sup>58</sup> En definitiva esta inspección de compatibilidad puede ejercitarse *preventivamente*, como en el caso de algunos Tribunales Constitucionales Europeos (de jurisdicción concentrada). En la Provincia de Buenos Aires el Código Procesal Civil y Comercial regula esta posibilidad en los arts. 686 a 688 (conforme art. 161.1 de la Constitución Provincial bonaerense) que tramita directamente ante la Suprema Corte de dicho Estado.

<sup>59</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, cit.

judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país.

### ¿Sobre qué normas supranacionales se debe ejercitar el control de convencionalidad?

Tal cual ya lo hemos expresado repetidamente, tanto los judicantes domésticos como los de la Corte IDH, deben buscar la `compatibilidad` entre las normas locales y las supranacionales. En este aspecto cabe repetir, que cuando hablamos de estas últimas no nos referimos sólo al Pacto de San José, sino a otros Tratados Internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Al aludir a las normas internacionales se pueden citar: el Protocolo de San Salvador; el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera; que integran el *copus iuris* convencional de los derechos humanos<sup>60</sup>, tal cual quedó dicho.

### ¿Sobre qué normas nacionales se debe ejercer la `comparación`?

Tal cual hemos visto, una consecuencia de la violación de las disposiciones supranacionales es la necesidad de `adecuar` o, lo que es lo mismo, `amoldar` o `adaptar`, las reglas del derecho interno a los Tratados. Esto implica que si los preceptos domésticos -sean legislativos o de cualquier otro carácter-, y las prácticas estatales de cualquiera de los tres poderes, no protegen debidamente las libertades fundamentales enunciadas por el derecho internacional, la nación debe adecuarlas, y, en su caso, suprimir aquellas que desbordan el esquema, o crear las que corresponda. Estamos hablando del deber general del Estado de `adecuación` de las reglas domésticas (arts. 1.2 y 2 de la Convención)<sup>61</sup>.

Vale la pena reiterar, entonces, que el control de convencionalidad tiene que hacerse a través de una `comparación` – que deben cumplir los judicantes del país – entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter<sup>62</sup>, por un lado; y los Tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el *ius cogens*, por el otro.

<sup>60</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, noviembre de 2006, cit., Voto Concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

<sup>61</sup> Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C Nº 112, nota 135, Hitters, Juan Carlos, Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales, La Ley 2007-C, p. 875, nota 23.

<sup>62</sup> Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los Recursos Extraordinarios*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2º Edición, pág. 259.

En puridad de verdad, la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido<sup>63</sup>.

Como bien se ha expresado, en los países donde la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal Constitucional o por la Corte Suprema es obligatoria para los tribunales inferiores, ella reviste el carácter de `norma` o `ley` y por ende puede y debe ser incluida en el contralor al que nos venimos refiriendo<sup>64</sup>.

### Control de oficio

En nuestro país y en algunos otros – depende de la normativa vigente – se discute si el control de constitucionalidad debe ser llevado a cabo a pedido de parte o de oficio<sup>65</sup>.

Sin perjuicio de lo que en definitiva resuelven los tribunales locales, reiteramos que según la interpretación de la Corte IDH “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también `de conven-

<sup>63</sup> En el Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127, párr. 7, se trataba de “leyes electorales” que impedían a los indígenas participar como candidatos electivos. Véase también el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, en el que la Corte señaló el deber de “...adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo judicial que haga efectivo el derecho de los pueblos indígenas de Paraguay al derecho de propiedad de su hábitat tradicional o tierras ancestrales...” (Corte IDH, Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C n. 146, párr. 201, punto i).

<sup>64</sup> Señala Sagüés que “...cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de *norma*, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de ‘La Última Tentación de Cristo’, cit., por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después...” (Sagüés, Néstor, *El control de convencionalidad*, ob. cit., punto 5).

<sup>65</sup> En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia, con ciertas variantes, se ha pronunciado por la procedencia del control oficioso de constitucionalidad (v. causas L. 69.523, “Barone”, sent. del 01-04-2003, L. 76.279, “Castillo”, sent. del 1-10-2003; L. 80.156, “Martínez”, sent. del 31-3-2004; L. 72.336, “Iommi”, sent. del 14-4-2004; L. 78.008, “Pereyra”, sent. del 14-04-2004) (Ídem causas L. 83.781 “Zaniratto”, sent. del 22-XII-2004; L. 74.311 “Benítez”, sent. del 29-XII-2004; L. 84.131 “Barreto”, sent. del 8-VI-2005; L. 81.577 “Guzman”, sent. del 8-VI-2005; L. 84.880 “Castillo”, sent. del 27-VI-2007; Ac. 88.847 “Peters”, sent. del 12-IX-2007, entre otras).

cionalidad<sup>66</sup> *ex officio* entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes<sup>67</sup>. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones<sup>68</sup>.

Vista ahora la problemática no ya desde del derecho doméstico, sino del supranacional, lo cierto es que cuando las actuaciones llegan a la Corte regional, élla realiza – sin duda – esta verificación, aún de oficio, considerando que es la última intérprete de la normativa interamericana y que por una cuestión meramente procesal no puede permitir que el Estado infrinja, en este caso la Convención.

En ese orden de ideas téngase en cuenta que estamos hablando de un control normativo, no obstante, y como módulo para interpretar lo que venimos analizando, debe tenerse presente que el férreo principio de congruencia utilizado en el campo interno – por lo menos en los pleitos de marcadas esencia dispositiva –, ha sido morigerado por el tribunal aludido que aplicando el principio de *iuria curia novit* en verdad dilata en forma indirecta aquel postulado<sup>69</sup>. Ha dicho en este sentido ese cuerpo judicial que “...en el procedimiento ante un tribunal internacional una parte puede modificar su petición siempre que la contraparte tenga la oportunidad procesal de emitir su opinión al respecto...”<sup>70</sup>.

### ¿Qué consecuencias derivan del control de convencionalidad hecho por la Corte IDH?

21

Cuando dicho cuerpo jurisdiccional -luego de hacer el control de marras-, dispone que en el caso concreto se violó la convención<sup>71</sup>, tal pronunciamiento es

<sup>66</sup> Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros, cit., supra nota 3, párr. 124. Véase Gialdino, Rolando, *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos*, en La Ley, 2008-C, p. 1295. Ídem Derecho Constitucional – Doctrinas Esenciales, t. I, p. 369.

<sup>67</sup> Véase, Albar, Germán y Cañado Trindades, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humano*, ob. cit., p. 584.

<sup>68</sup> Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

<sup>69</sup> Hitters, Juan Carlos, *Los Tribunales Supranacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2006-E, p. 818. En efecto, con buen tino ha dicho en el caso Fermín Ramírez, *que tanto las víctimas como sus familiares o representantes pueden invocar derechos distintos de los comprometidos en la demanda de la Comisión*. Corte IDH, Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C n. 126, párr. 116.

<sup>70</sup> Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C n. 15, párr 81; ídem Corte IDH, Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C n. 67, párr. 31.

<sup>71</sup> Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua (cit.); Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C n. 162; Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs.

vinculante<sup>72</sup> (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado – tal cual vimos –, tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno, incluyendo la propia constitución como ocurrió en el caso de La Última Tentación de Cristo<sup>73</sup>, bajo apercibimiento de incurrir en Responsabilidad Estatal.

Esto quiere significar que desde esta vertiente la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, pues es el país quien debe cumplir con el pronunciamiento regional.

Tal criterio también es aplicable, con ciertas particularidades, en los casos de las Opiniones Consultivas<sup>74</sup>.

Sin embargo en los delitos de lesa humanidad la cosa parece tener un matiz diferenciado ya que a nuestro criterio, en tales circunstancias, por ejemplo en los casos “Barrios Altos”<sup>75</sup>; “Tribunal Constitucional de Perú”<sup>76</sup> y “La Cantuta”<sup>77</sup> la Corte IDH se comportó como un verdadero Tribunal Constitucional declarando inaplicables en todo el país y con efecto *erga omnes*<sup>78</sup> las leyes de amnistía dictadas en Perú<sup>79</sup>.

---

Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 154. Véase también HITTERS, JUAN CARLOS, *Los Tribunales Supranacionales*, ob. cit.

<sup>72</sup> De este tema ya nos hemos referido *in extenso* en el trabajo Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit.

<sup>73</sup> Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”, cit.

<sup>74</sup> Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit., párr. 4.

<sup>75</sup> Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C n. 75.

<sup>76</sup> Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C n. 71.

<sup>77</sup> En efecto la Corte IDH en el Caso La Cantuta ha expresado que “...De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso *Barrios Altos* está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia” (Caso La Cantuta Vs. Perú, cit., párr. 186).

<sup>78</sup> El distinguido constitucionalista Néstor Pedro Sagüés en el trabajo que ya hemos citado (párr. 2), haciendo referencia a nuestra opinión cuando hablamos de la eventual anulación de las normas nacionales en los casos de Perú (Hitters, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit., nota 67), desde otra mirada sostiene que “...una cosa es que la Corte Interamericana repunte jurídicamente inválidos esos preceptos y resuelva inaplicarlos por infligir el Pacto y otra es que esté habilitada para abolirlos...”. Consideramos que desde el punto de vista estrictamente técnico la crítica es acertada porque en verdad no se produce una verdadera ‘anulación’ sino que la Corte le veda a Perú aplicar normas de impunidad en la totalidad de su territorio. Se ha dicho que los considerandos de tales pronunciamientos *son vinculantes para todo el poder público peruano, incluso en aquellos en los que el Estado no haya sido parte*. (Véase Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13). Rescatamos la opinión del citado publicista ya que en verdad no ha habido ‘abolición’ sino una declaración de inaplicabilidad de las leyes de impunidad, con efecto *erga omnes*, que produce un efecto similar.

### CONCLUSIONES

Hemos tratado de esbozar en forma sintética, lo que se ha dado en llamar en los últimos tiempos *`control de convencionalidad`* mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una *`comparación`* entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte IDH; y luego esa tarea debe ser ejercida por el Tribunal regional si es que el caso llega a sus estrados.

Lo cierto es que los organismos judiciales internos antes que nada -y esto es obvio- deben cumplir una inspección de constitucionalidad, para evitar que en sus fallos se infrinja la carta suprema del país y en paralelo, ver si tales decisorios se acomodan con las convenciones internacionales ratificadas por la Argentina (arts. 1.1 y 2 CAHD)<sup>80</sup>.

No será ocioso repetir que el Tribunal Interamericano desde siempre viene haciendo esta revisión. Aunque la terminología aludida, esto es *`control de convencionalidad`* ha sido utilizada en los últimos tiempos a partir de los asuntos que ya hemos citado.

Con respecto al contralor de marras la Corte del Pacto de San José hace referencia a las reglas *legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter*, lo que implica, como vimos, que la inspección de *`compatibilidad`* con la convención se efectúe sobre todo el material normativo del país. Ha establecido ese cuerpo que los pronunciamientos locales tienen que ser acatados y sólo en circunstancias excepcionales puede la Corte IDH ocuparse de examinar los respectivos procesos internos habida cuenta que ella no lleva a cabo una tercera o cuarta instancia. En ese aspecto ha sostenido que los jueces y tribunales domésticos están sujetos al imperio de la ley y obligados a aplicarla, pero cuando el Estado ha ratificado un tratado como el Pacto de San José *`sus jueces`* como parte del aparato estatal, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar para que sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarios a su objeto y fin.

---

<sup>79</sup> Si bien en este artículo no nos ocupamos de la permeabilidad de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno, ni -por ende- de la recepción que tuvo la jurisprudencia interamericana por el más alto tribunal de ese país, cuestión ya abordada, como dijimos, en el trabajo *¿Son vinculantes los pronunciamientos...?*, ob. cit.; repárese que por ejemplo en el caso “Simón” (“Simón, Julio H., y otros”, sent. 14 de junio 2005, revista La Ley Buenos Aires, 29 de junio de 2005), entre otros la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, siguiendo la Corte Interamericana produjo la anulación de las leyes de obediencia de vida (ley 23.521) y punto final (ley 23.492).

<sup>80</sup> Sobre este tema véase el excelente trabajo de Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer MacGregor, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, Editorial UNAM – Porrúa, México, 2009, p. 79.

Esta verificación de convencionalidad tiene un carácter *difuso* ya que cada uno de los magistrados locales *puede y debe* cumplir la tarea, sin perjuicio de la postrera intervención de la Corte Interamericana.

Como consecuencia de lo expresado, va de suyo, que no sólo el *Poder Judicial* debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el *Ejecutivo* y el *Legislativo*, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apercibimiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH).

Cuando hacemos referencia a la `revisión de oficio´ queremos poner de relieve – obviamente – que en esas circunstancias la Corte está potenciada para hacerla aún cuando determinados planteos de convencionalidad no le sean articulados en forma expresa. Es decir que si una actuación arriba a sus estrados por la violación de determinado derecho -por ejemplo el derecho a la vida –, élla puede ocuparse – digamos – de la infracción al debido proceso legal.

Vale reiterar que tanto los judicantes nacionales como los de la Corte IDH deben buscar la `compatibilidad´ entre las normas locales – como reiteradamente lo hemos apuntado- y las reglas de los demás instrumentos internacionales a los que el país ha adherido, Tratados, Convenciones, Resoluciones, Declaraciones, Informes, etc., tales como el Protocolo de San Salvador; el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada; etcétera; que integran el *copus iuris* convencional de los derechos humanos. Para esto también se debe tener en cuenta la `jurisprudencia´ de la Corte regional.

Por último parécenos necesario repetir que si ese cuerpo declara no convencional un determinado precepto doméstico -que haya sido aplicado o no- el país debe inmediatamente `adaptar´ la legislación interna -incluyendo su propia Constitución, como lo ha hecho Chile en el asunto ya citado- bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal (arts. 1.1 y 2 de la CADH), y el *ius cogens*.

## REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. Acceso a la justicia. *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, año XXIII, n. 41, 1981.

CAPPELLETTI, Mauro. El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado. Traducción de Faustino González. *Revista de Estudios Políticos*, n. 13, 1980, ISSN 0048-7694,

CAPPELLETTI, Mauro. Giustizia Costituzionale Soprannazionale. *Rivista Di Diritto Processual*, anno XXXIII, t. II, 1978.

CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional* (Estudios de derecho comparado). México: Unam, 1987.

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

FIX ZAMUDIO, Héctor; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*. México: Editorial Unam-Porrúa, 2009.

GERMÁN, Albar; CANÇADO TRINDADE, Antonio. Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. In: *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Costa Rica: Cox Editores, 1998.

GIALDINO, Rolando. *Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del derecho internacional de los derechos humanos*, en La Ley, Buenos Aires, 2008-C.

HITTERS, Juan Carlos. *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?*, en La Ley, Buenos Aires, 2008-E.

HITTERS, Juan Carlos. *Criterios establecidos por los órganos jurisdiccionales de los sistemas interamericano y europeos*, La Ley, Buenos Aires, 2003-D.

HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. El derecho procesal constitucional. *Revista el Derecho*, t. 121 .

HITTERS, Juan Carlos. *Estudios de derecho constitucional panameño*. Compilador Jorge Fabrega. Panamá, 1987.

HITTERS, Juan Carlos. Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad. *Justicia, Revista de Derecho Procesal* n. 2, 1987, ISSN 0211-7754.

HITTERS, Juan Carlos. *Los Tribunales Supranacionales*. La Ley, Buenos Aires, 2006-E.

HITTERS, Juan Carlos. *Responsabilidad del estado por violación de tratados internacionales*. La Ley, Buenos Aires, 2007-C.

HITTERS, Juan Carlos. *Solución de controversias en el ámbito del Mercosur – Hacia un derecho comunitario*. La Ley, Buenos Aires, 1997-C.

HITTERS, Juan Carlos. *Técnica de los recursos extraordinarios*. 2. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense.

HITTERS, Juan Carlos; FAPPIANO, Oscar. *Derecho internacional de los derechos humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2007.

LOIANO, Adelina. *El marco conceptual del control de convencionalidad en algunos fallos de la Corte Suprema Argentina, “Arancibia Clavel”, “Simón”, “Mazzeo”*. In: ALBANESE, Susana (Coordinadora). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2008.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa, 2008.

SAGÜÉS, Néstor. *El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales*, La Ley, Buenos Aires, 2009-B.

## FALLOS Y CASOS CITADOS

CNS. “García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa n. 7537”. Voto del dr. Enrique Santiago Petracchi.

CSN. “Simón, Julio H., y otros”, sent. 14 de junio 2005, revista La Ley Buenos Aires, 29 de junio de 2005.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 1: 7-28, jan./jun. 2010*

*Juan Carlos Hitters*

Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C n. 112.

Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” [Olmedo Bustos y otros] Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C n. 73.

Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C n.144.

Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C n. 144.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 154.

Corte IDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C n. 15.

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C n. 75.

Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C n. 169.

Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C n. 117.

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C n. 52.

26

Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n. 13.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C n. 160.

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C n. 71.

Corte IDH. Caso El Amparo Vs. Venezuela, Sentencia de 14 de septiembre de 1996, Serie C n. 28.

Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C n. 126.

Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C n. 132.

Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C n. 162.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C n. 67.

Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C n. 101.

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C n. 135.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 26, n. 1: 7-28, jan./jun. 2010*

## Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación

Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C n. 133.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C n. 35.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C n. 114.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Sentencia de 24 de Noviembre de 2006, Serie C n. 158.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, Sentencia de 30 de Noviembre de 2007, Serie C n. 174.

Corte IDH. Caso Vargas Areco Vs. Paraguay, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C n. 155.

Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127.

Corte IDH. Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C n. 146.

Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Serie C n. 21.

Corte IDH. Caso Genie Lacayo. Solicitud de Revisión de la Sentencia de 29 de enero de 1997. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C n. 45.

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C n. 186.

Suprema Corte de Justicia Provincia de Buenos Aires causas L. 69.523, “Barone”, sent. del 01-04-2003, L. 76.279, “Castillo”, sent. del 1-10-2003; L. 80.156, “Martínez”, sent. del 31-3-2004; L. 72.336, “Iommi”, sent. del 14-4-2004; L. 78.008, “Pereyra”, sent. del 14-04-2004; causas L. 83.781 “Zaniratto”, sent. del 22-XII-2004; L. 74.311 “Benitez”, sent. del 29-XII-2004; L. 84.131 “Barreto”, sent. del 8-VI-2005; L. 81.577 “Guzman”, sent. del 8-VI-2005; L. 84.880 “Castillo”, sent. del 27-VI-2007; Ac. 88.847 “Peters”, sent. del 12-IX-2007.

Tribunal Constitucional de Perú, Caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente n. 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Caso 6/64, “Costa vs. ENEL”, en E.C.R., 1964.

27

Recebido em 10/05/2010

Aprovado em 15/07/2010



# DÚVIDA OBJETIVA E FUNGIBILIDADE RECURSAL

## OBJECTIVE DOUBT AND FUNGIBILITY IN APPEALS

*Magno Federici Gomes\**

*Marco Aurélio Abrantes Rodrigues\*\**

### RESUMO

Com espeque no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988 (CR/88), todos têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, que reduzia o amplo acesso à jurisdição a um direito puramente formal. Assim, o trabalho proposto examinará o pressuposto único para incidência, na atualidade, do princípio da fungibilidade recursal, o que se fará, com uso de metodologia teórico-documental, por meio de minuciosa análise de obras doutrinárias e da jurisprudência. Nesse viés, ao se deparar o julgador com a interposição de um recurso inadequado, mas constatando que o equívoco da parte seria escusável, por existir dúvida objetiva decorrente da falta de consenso doutrinário e/ou jurisprudencial acerca da modalidade efetivamente cabível, o não conhecimento do remédio processual importa empeco ao postulado do acesso amplo à jurisdição, pelo simples fato da aludida dúvida objetiva. Deverá, então, ser aplicado o princípio da fungibilidade, a fim de alcançar o escopo sócio-político-jurídico para o qual deve converter o processo, independentemente da existência ou não de má-fé processual.

**Palavras-chave:** Direito constitucional e processual; Amplo acesso à jurisdição; Recurso inadequado; Dúvida objetiva; Princípio da fungibilidade recursal.

### ABSTRACT

In reference to article 5, XXXV, of the Brazilian Republic Constitution of 1988, which grants everyone rights of just, adequate and effective jurisdic-

---

\* Pós-Doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa – Portugal e Professor na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Av. Dom José Gaspar, 500, Coarção Eucarístico, 30535-901 Belo Horizonte-MG. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Rio de Janeiro, 2140, apto. 303, Lourdes, 30160-042, Belo Horizonte-MG, Brasil. E-mail: [magnofederici@hotmail.com](mailto:magnofederici@hotmail.com).

\*\* Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Especialista em Direito Processual Civil pela PUC Minas.

tion, currently outdated in regards to the simple access to the various organs of the Judiciary, thus reducing open access to jurisdiction as a purely formal right. Therefore, the thesis will examine the unique presupposition in the application of the principle of fungibility in appeals, in actuality, with the use of a theoretical-documental methodology through the minute analysis of the doctrinal documents and case law. Thus, the judge, presented with an appeal deemed inadequate, noting that its equivocal nature would be harmless because of the lack of consensus in doctrine and/or in case law in regards to the modality made effectively possible, and resulting consequently in the dismissal of the remedy as an obstacle to the principle of open access to the jurisdiction, due to objective doubt, must apply the principle of the fungibility, with the intent of reaching the social-political-juridical scope for which the judicial proceeding must be converted.

**Keywords:** Constitutional and procedural law; Open access to jurisdiction; Inadequate appeal; Objective doubt; Principle of fungibility in appeals.

## INTRODUÇÃO

30

Em sede processual, os recursos podem ser definidos como meios de impugnação às decisões judiciais, aptos a ensejar seu reexame pelo mesmo magistrado ou por outro de hierarquia superior, almejando obter seu esclarecimento, integração, reforma ou anulação, tudo fundado na natural reação humana de desejo de um duplo julgamento e na possibilidade de erro ou má-fé do julgador, segundo Theodoro Júnior<sup>1</sup>. Dessa forma, recurso é remédio processual disponibilizado às partes para, na mesma relação jurídica processual, e voluntariamente, impugnar decisões judiciais, almejando sua reforma, invalidação, cassação, esclarecimento ou integração. Visa, ainda, obstar a preclusão e a coisa julgada, mas induz à litispendência.

Nesse viés, exsurge o princípio da fungibilidade dos recursos com inegável relevo para os operadores do direito processual civil e direito penal, haja vista sua capacidade, por meio da permissão de se sanar equívoco na interposição do recurso cabível contra uma decisão, de propiciar adequada solução para determinadas situações que, por conta do formalismo excessivo, não se faria possível, em rota de colisão com a cláusula constitucional do acesso amplo e justo ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 – CR/88).

Consiste, pois, noutros termos, tal princípio, na conversão de um recurso erroneamente interposto pelo certo, o que se dá sob certas diretrizes.

Sem embargo, a solução dada pela franca maioria da jurisprudência atual, inclusive do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se verá em momento oportuno, ainda se encontra jungida às amarras do diploma que inaugurou

---

<sup>1</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

o aludido princípio à sistemática processual civil, qual seja, o Código de Processo Civil (CPC) de 1939, olvidando-se de que a realização prática do direito material deve-se sobrepor ao rigor formal, sob pena de desatendimento ao escopo social do processo de pacificação.

Assim, há muito vem defendendo Wambier<sup>2</sup> o estudo a que se propõe, isto é, dirigir-se ao exame do pressuposto único para incidência, na atualidade, do princípio da fungibilidade recursal, o que se fará, com uso de metodologia teórico-documental, por meio de minuciosa análise de obras doutrinárias e arestos jurisprudenciais, esses a partir de 1973, com enfoque nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e do STJ.

Primeiro, será tratado o postulado constitucional do acesso amplo à jurisdição, externando o seu conteúdo material, para, depois, examinar as formas dos atos processuais ao lume daquele postulado. Na sequência, ultrapassada a definição de princípios, distinguindo-os de regras, será focado o princípio da fungibilidade recursal sob a égide das revogada e vigente sistemáticas processuais civis, assentando o que determina, hodiernamente, a sua incidência e finalizando com o procedimento a ser seguido nesse caso.

### DO ACESSO AMPLO À JURISDIÇÃO

A CR/88 prevê a cláusula do acesso amplo à jurisdição, também denominada princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>3</sup>.

De início, impende mencionar a opção pela expressão “acesso à jurisdição”, em vez de “acesso à justiça”, por ser essa última de variegados significados, conforme lapidar observação de Leal<sup>4</sup>. Dessa forma:

Evitaremos aqui a expressão equívoca de “acesso à justiça” porque, como já esclarecemos, a palavra justiça, quando assim posta nos compêndios de direito, pode assumir significados vários que, a nosso ver, perturbam a unidade semântica e seriedade científica do texto expositivo. É certo que o cognominado “acesso à justiça” nada tem a ver com o acesso aos direitos fundamentais do homem, porque simploriamente definido como “algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem,

<sup>2</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Dúvida objetiva: o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 56-74, jan./mar. 1992.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

<sup>4</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

com decisões justas”. Também a expressão “acesso à justiça” não é a síntese de todos os princípios e garantias constitucionais do processo, porque atualmente o modelo constitucional do processo democrático é que, por incorporar o princípio da ampla defesa pelo direito de ação, é que gera o livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal (art. 5º, XXXV, CR/88)<sup>5</sup>.

A referida cláusula constitucional pontifica que todos, indistintamente, têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que a reduzia a um direito puramente formal. A propósito, Nery Júnior<sup>6</sup> preleciona que:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado 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<sup>7</sup>.

32

A toda evidência, o jurisdicionado quer não apenas a proclamação de seu direito subjetivo material, mas também o resultado útil dele imanente. Daí porque a concepção hodierna de jurisdição é indissociável do postulado da efetividade processual.

Assim, na atualidade, deve-se ter sempre em mira que o processo não é um fim em si mesmo, mas, sim, instrumento destinado à realização prática da tutela do direito material, garantindo-lhe a efetividade, com base na lição de Gomes Neto<sup>8</sup>.

É bem por isso que Cappelletti e Garth<sup>9</sup> informam que o acesso efetivo à jurisdição vem, cada vez mais, erigido à condição de direito social. Em assonância com a recorrente lição de Grinover, Cintra e Dinamarco<sup>10</sup>, para a efetividade do

<sup>5</sup> LEAL, op. cit., p. 67-68.

<sup>6</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal*: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

<sup>7</sup> NERY JÚNIOR, 2009, p. 172.

<sup>8</sup> GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti*: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil moderno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

processo faz-se mister: a) a admissão ao processo (ingresso em Juízo), eliminando-se as dificuldades econômicas que impeçam ou desanimem os jurisdicionados; b) o modo de ser do processo (observação ao devido processo legal); c) a justiça das decisões (critérios justos de apreciação de provas, enquadramento dos fatos em normas jurídicas); d) utilidade das decisões (dando a quem tem o direito, tudo e precisamente aquilo que tem direito de obter).

Num quadro tal, irrompe inexorável a importância social do estudo sob exame, haja vista que o mesmo visa permitir o conhecimento do litígio em sua totalidade, fazendo o Estado-juiz valer, nas especificidades do caso concreto, dos desideratos maiores contidos na CR/88, para que, enfim, atinja-se o escopo sócio-político-jurídico para o qual se deve converter toda e qualquer relação jurídica processual, conforme leciona Dinamarco<sup>11</sup>.

Não será demasiado, antes de prosseguir, averbar o entendimento diverso do idealizador da teoria neoinstitucionalista do processo. Nesse sentido:

Observe-se que o processo não busca “decisões justas”, mas assegura às partes participarem isonomicamente na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de “justiça” da decisão decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia ou magnanimidade. Afaste-se desde logo ser o processo o “tema-ponte a interligar o processo civil com a justiça social” ou o modo de fazer aflorar toda uma problemática inserida em um contexto social e econômico, cuja solução coubesse à sapiência do juiz<sup>12</sup>.

33

Sem embargo do notável saber de Leal<sup>13</sup>, reafirma-se aqui a concepção de processo como instrumento de salvaguarda dos direitos individuais e coletivos, sob a cura do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CR/88), redundando na realização prática de justiça, o que não decorre – é bem verdade – da magnanimidade do julgador, mas, sim, da restauração da ordem jurídica antes agredida pelo desrespeito ao direito de outrem; intento para cujo alcance não bastaria a participação isonômica das partes.

### DAS FORMAS DOS ATOS PROCESSUAIS

Oliveira<sup>14</sup>, distinto Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), conceitua o formalismo como a totalidade formal do processo, que compreende:

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>12</sup> LEAL, op. cit., p. 68.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais<sup>15</sup>.

Como aglomerado da ordenação disciplinadora da atividade processual, o formalismo exerce papel fundamental no estudo da tutela jurisdicional, podendo ser referenciadas, à guisa de exemplo, algumas de suas funções, segundo o ensinamento do destacado magistrado, cuja obra<sup>16</sup> deve ser estudada com particular atenção: a) indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo; b) circunscrever o material processual que poderá ser formado; c) estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento; d) emprestar previsibilidade ao trâmite procedimental; e) delinear o poder do juiz, atuando como garantia de liberdade contra o arbítrio do Estado-juiz, pois “a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes”<sup>17</sup>; f) controle dos eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte, como importante instrumento de igualação, ainda que formal, dos litigantes entre si, seja no plano normativo, estabelecendo uma distribuição equilibrada dos poderes das partes, seja no plano de fato, consolidando a paridade de armas e garantindo o exercício bilateral dos direitos; g) formação e valorização do material fático de importância para a decisão da causa; e, adita-se, h) determinar a forma, o momento e quais os julgados podem adquirir a imutabilidade característica da coisa julgada.

34

Deflui daí a ilação de que se torna imperioso que os atos processuais sejam praticados de molde a proporcionar a máxima garantia, sendo certo que, como visto, malgrado existirem vozes em contrário, as formas são instituídas para segurança dos jurisdicionados e não por mero capricho do legislador. Não se perde de vista que a total ausência de forma conduziria à ineficiência do processo como instrumento de entrega da tutela jurisdicional e de realização de justiça.

No entanto, como dito, o processo não é um fim em si mesmo, devendo o Estado-juiz acatar a inobservância de determinada forma, desde que tenha o ato atingido sua finalidade, sobrepujando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas, em conformidade com o art. 250 do CPC. Oportuno aqui transcrever o que ensina Dinamarco<sup>18</sup>, já que:

<sup>15</sup> OLIVEIRA, 1997, p. 6-7.

<sup>16</sup> Id.

<sup>17</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>18</sup> DINAMARCO, 2008.

a instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (escopos do sistema); infunde-se com a problemática da “efetividade do processo” e conduz à assertiva de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais<sup>19</sup>.

Ora, se o que se espera, e o que se quer, é que o processo atinja suas finalidades, impende proceder à relativização do valor das formas, utilizando-as tão somente na exata medida do necessário àquela consecução, não sendo “razoável que este pudesse ser desenvolvido sem que houvesse um mínimo de controle sobre as atividades a serem desempenhadas pelas partes e pelo próprio Estado-juiz”<sup>20</sup>. Desse modo, a propalada lição de Liebman<sup>21</sup>, no sentido de que “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”<sup>22</sup>, sendo essa a razão pela qual a efetividade do processo “depende menos das reformas legislativas (sem jamais ignorar sua importância), do que da postura cultural dos operadores do direito”<sup>23</sup>.

Em virtude disso, vem se entendendo que a grande reforma a ser levada a efeito no Poder Judiciário, em caráter de extremada urgência, é a mudança da mentalidade dos juízes, dada a frequência de “sentenças e acórdãos dos tribunais recheados de citações eruditas, escritos em linguagem rebuscada e centrados na discussão de formalidades processuais, dando pouca ou nenhuma importância à questão justa”<sup>24</sup>. Dessa maneira:

Por outro lado, para que seja possível a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, deve ser superada a visão tradicional do juiz neutro, substituindo-a pela concepção do juiz diretor, concebido como autoridade dentro do processo, que exercita seus poderes-deveres para a efetiva direção e comando das atividades processuais, de modo a obter o

<sup>19</sup> DINAMARCO, 2008, p. 377.

<sup>20</sup> TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008. p. 48-49.

<sup>21</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

<sup>22</sup> LIEBMAN, op. cit., p. 237.

<sup>23</sup> GOMES NETO, 2005, p. 100.

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 84.

esclarecimento dos fatos e a busca da verdade, sem que fique preso ou amarrado ao papel de mero espectador<sup>25,26</sup>.

Conforme já assentado anteriormente, a realização prática de justiça como escopo do processo não dimana da magnanimidade do julgador, mas da restauração da ordem jurídica por meio de sua decisão imperativa. Não obstante, esse decisório deve ser fruto de um mínimo de sensatez por parte de seu prolator, sob pena de se lograr resultados absurdos ou nada efetivos. Se é correto que equidade ou direito justo inexistirão à margem da racionalidade normativa, não é menos certo que tais objetivos não se consubstanciarão por atos irracionais, desprovidos de um mínimo de responsabilidade quanto aos impactos socioeconômicos dos operadores do processo, já que não se perde do horizonte que a obediência cega à lei fulmina o ideal de justiça. Logo, a racionalidade das normas e dos operadores do direito são instrumentos coetâneos e umbilicalmente ligados para a obtenção da justiça social por meio do processo.

Ao se dar continuidade ao raciocínio defendido, os recursos, a despeito de apresentarem pressupostos de admissibilidade, destacando-se dentre eles, por oportuno, a adequação e a singularidade, estão sujeitos a esses abrandamentos, que visam evitar o formalismo estéril, impedindo, de tal sorte, o acesso à jurisdição por equívoco escusável da parte interessada.

36

Importa mencionar, no ponto, que a admissibilidade do recurso subordina-se aos chamados pressupostos recursais, dentre os quais se avultam, em relevo para o presente estudo, a adequação e a singularidade. A adequação traduz a existência de “um recurso próprio para cada espécie de decisão”<sup>27</sup>, ao passo que a singularidade diz respeito à “impossibilidade de interposição simultânea de mais de um recurso”<sup>28</sup>. Os pressupostos de admissibilidade recursais são o objeto do Juízo de admissibilidade, o qual opera no plano de validade do ato recursal e precede, necessariamente, ao Juízo de mérito do recurso.

---

<sup>25</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 63.

<sup>26</sup> Importante registrar, outra vez, opinião em sentido parcialmente contrário do precursor da teoria neoinstitucionalista do processo: “Manifesta-se inquestionável que o parâmetro de ‘justiça social e econômica’ é estabelecido pela norma formulada segundo os paradigmas pós-modernos de legitimidade democrática, não podendo, como almejam os instrumentalistas, alçar o titular do órgão jurisdicional (o juiz) à condição de fundamento pensante da realização de escopos metajurídicos do processo na realização de um ‘direito-justo’. A justiça social ou econômica é metateórica-processual da lei democrática, e não dos operadores de um processo que fosse veículo de criação de paz social e econômica, porque tal desiderato, na advertência weberiana, além de irreal, é onírico, uma vez que não há equidade ou direito justo à margem da racionalidade normativa” (LEAL, op. cit., p. 68).

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 569.

<sup>28</sup> Id.

Na confluência do exposto, o princípio da instrumentalidade das formas é curial para proporcionar uma maior racionalidade ao sistema processual, evitando-se o excesso de formalismo e privilegiando a finalidade do ato. Pode-se afirmar, com a necessária certeza, que o espectro do princípio da fungibilidade recursal deita tentáculos no da instrumentalidade das formas e dos atos processuais, consagrado nos arts. 154 e 244, ambos do CPC, nele encontrando o fundamento de sua validade.

Digno de nota que, para alguns, em total rota de colisão com o que ora se expõe, a aplicação do princípio da fungibilidade não se radica no princípio da instrumentalidade das formas, já que ele, em verdade, não prescinde de erro.

Em outras palavras, Wambier<sup>29</sup> argumenta que, para que se receba um recurso por outro, mister se faz a ocorrência de dúvida demonstrável por convincentes fundamentos, é dizer, dúvidas objetivas, das quais, em assim se concebendo, não se haveria falar, propriamente, em erro.

### DOS PRINCÍPIOS

Preleciona o mestre Reale<sup>30</sup> que os princípios jurídicos consistem no fundamento básico do sistema normativo, a “base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”<sup>31</sup>. Em explanação mais pormenorizada, assevera Bandeira de Mello<sup>32</sup> que:

[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. 4. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra [...] <sup>33</sup>.

<sup>29</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005b.

<sup>30</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>32</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>33</sup> BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 912-913.

Em posição de vanguarda, Ávila pontifica:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e dos efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>34</sup>.

Os princípios são, em apertada síntese, o substrato das normas jurídicas, irradiando pujante influência em sua formação, interpretação e integração.

### Distinção entre princípios e regras

No sistema normativo, as normas são gênero do qual as regras e os princípios são espécies, sobrelevando anotar a inviabilidade de sua formação exclusiva por um ou outro.

No primeiro caso, ou seja, regras, pretendendo-se prever todas as situações acabaria por redundar numa eficiência prática limitada. Entretanto, a indeterminação dos princípios poderia ocasionar elevada complexidade do sistema, tornando-o falível do ponto de vista da segurança jurídica.

Por essa razão apresenta-se o sistema aberto, constituído por regras e princípios, como o modo mais equilibrado na gênese de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

A distinção entre as espécies normativas está longe de ser tarefa de fácil deslinde. Leciona Alexy<sup>35</sup> que tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas, porque ambas estabelecem um dever-ser e são formuladas com a ajuda de expressões deônticas (permissão, obrigação e proibição).

Para distingui-los, propõem-se diversos critérios a serem utilizados, como se assentará.

Quanto ao grau de abstração ou generalidade, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, ao passo que as regras são normas com nível baixo de abstração.

De acordo com Gomes<sup>36</sup>, os princípios são fundamentais no sistema das fontes, já que são normas implícitas que adquirem função essencial no ordena-

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78-79.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

<sup>36</sup> GOMES, Daniela Vasconcellos. A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 180, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

mento jurídico, ante seu *status* hierárquico, ou porque estabelecem a estrutura do sistema jurídico como um todo. Ademais, os princípios têm natureza normoteórica porque constituem a base das regras jurídicas.

Acrescenta Dworkin<sup>37</sup> que os princípios apresentam uma dimensão que as regras não têm, é dizer, quando se mesclam a ponto de entrarem em conflito, a solução será adotada a partir da força relativa a cada um no caso concreto.

Ávila<sup>38</sup> estabelece acerbada crítica contra esses parâmetros de distinção, os quais resume em critérios do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação, do conflito normativo e do fundamento axiológico. Propõe critérios outros de distinção entre as mencionadas normas jurídicas ou, segundo suas próprias palavras, elementos outros de “dissociação”<sup>39</sup>. O primeiro critério distintivo diz respeito ao modo como as espécies normativas prescrevem o comportamento, *in verbis*:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento<sup>40</sup>.

A seguir, apresenta o critério da natureza da justificação exigida, a teor do qual o intérprete há que ter em mira, no que concerne às regras, “uma avaliação de correspondência da construção factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte”<sup>41</sup>, ao passo que os princípios reclamam conexão “entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisa exigido”<sup>42</sup>.

Em remate, Ávila diferencia as normas jurídicas através da intensidade de contribuição para a decisão, vale dizer, as regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes”<sup>43</sup>, conferindo uma específica solução para a decisão a ser adotada. Já os princípios consistem em normas “com pretensão de complementaridade e de parcialidade”<sup>44</sup>, limitando-se a contribuir para a tomada da decisão, o que será feito ladeado de razões outras.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>38</sup> ÁVILA, op. cit.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>41</sup> VILA, 2009, p. 73.

<sup>42</sup> ÁVILA, op. cit., p. 74-75.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>44</sup> *Id.*

De toda sorte, sem adentrar no acerto das diferentes posições doutrinárias ditas anteriormente, pode-se registrar que os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, segundo os parâmetros fáticos e jurídicos, enquanto as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta específica, de forma imperativa, que é ou não cumprida. No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados na casuística, sopesados consoante seu valor em relação a outros princípios, ao passo que as regras, em tendo validade, devem ser aplicadas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, impõe-se sua alteração, o que demonstra que a convivência dos princípios é conflituosa – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se –, como preleciona Canotilho<sup>45</sup>.

### Do princípio da fungibilidade

A concepção de fungibilidade na seara jurídica diz respeito à possibilidade de se substituir um instituto por outro, tanto sob o prisma do direito material quanto do direito processual.

40

Com efeito, esclarece Lamy<sup>46</sup>, no âmbito do direito substancial, o princípio da fungibilidade consiste na característica de um dado bem móvel ou de uma prestação que podem ser substituídos por outros de mesma espécie. De outra banda, no direito instrumental, a fungibilidade tem incidência no âmbito dos recursos, neles autorizando o recebimento de um recurso por outro, mesmo sendo incabível para impugnar determinado tipo de decisão, evitando-se um odioso formalismo no Juízo de admissibilidade de tais remédios, capaz de acarretar numerosas injustiças que daí sobreviriam.

Além disso, aplica-se o princípio da fungibilidade nas tutelas de urgência – art. 273, § 7º, do CPC –, nas demandas possessórias – art. 920 do CPC –, e ainda nos procedimentos – art. 295, inciso V, do CPC – e nas tutelas jurisdicionais – por exemplo, “fungibilidade entre Ação Rescisória e Ação Anulatória”<sup>47</sup>.

Enfim, o princípio em tela tem larga aplicação no direito pátrio, independentemente de expressa previsão legal, tendo em conta a mutabilidade da sociedade, a exigir a evolução do direito, notadamente quando sua não adoção importe negativa de tutela jurisdicional, como esclarece Wambier:

Parece-nos inafastável a conclusão no sentido de que, estando presentes os pressupostos de incidência do princípio da fungibilidade (a que alude a doutrina tradicional no campo dos recursos), deve este princípio incidir

<sup>45</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

<sup>46</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 144.

em todo o processo: havendo dúvidas aferíveis pela ausência de unanimidade no plano da doutrina e/ou no da jurisprudência) a respeito de qual seja o caminho adequado para se formular determinado pedido num processo – dúvidas quanto ao veículo, quanto à competência etc. –, não pode a parte ser prejudicada por isso<sup>48</sup>.

Uma das estudiosas que mais se dedicou ao estudo do princípio da fungibilidade, Vasconcelos<sup>49</sup>, fornece o seu emprego no âmbito processual em diversas dimensões, como a fungibilidade entre ações rescisória e anulatória, entre ações rescisória e declaratória de inexistência, entre o mandado de segurança e a reclamação, entre os embargos de terceiro e os embargos à execução, entre os meios de o contribuinte efetuar o depósito para suspender a exigibilidade do crédito tributário e entre os meios processuais para promover o imediato processamento dos recursos especial e extraordinário retidos. Ademais, na tutela de urgência, na intervenção de terceiros, no pré-questionamento e na competência para a concessão do efeito suspensivo ou do efeito antecipatório da tutela recursal à apelação. É o que se denomina fungibilidade de meios<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2005a. p. 739-792, p. 792.

<sup>49</sup> VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2007.

<sup>50</sup> À guisa de exemplo no plano jurisprudencial, colhe-se julgado do colendo STJ, aplicando o princípio da fungibilidade em viés alargado e sem a necessidade de estrito amparo legal: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CABIMENTO DE EMBARGOS DO DEVEDOR. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO VINCULADA AO EXERCÍCIO DE GERÊNCIA OU ATO DE GESTÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. “Os embargos a serem manejados pelo sócio-gerente contra quem se redirecionou ação executiva, regularmente citado e, portanto, integrante do polo passivo da demanda, são os de devedor, e não por embargos de terceiros, adequados para aqueles que não fazem parte da relação processual. Todavia, em homenagem ao princípio da fungibilidade das formas, da instrumentalidade do processo e da ampla defesa, a jurisprudência admite o processamento de embargos de terceiro como embargos do devedor. Exige, para tanto, entre outras circunstâncias, a comprovação do implemento dos requisitos legais de admissibilidade, notadamente quanto à sua propositura dentro do prazo legal” (EREsp 98.484/ES, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.12.2004). 3. Os sócios somente podem ser responsabilizados pelas dívidas tributárias da empresa quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. 4. Na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça estadual entendeu que o sócio, contra o qual se buscava o redirecionamento da execução fiscal, não participava da gerência, administração ou direção da empresa executada. Assim, para se entender de modo diverso ao disposto no acórdão recorrido, é necessário o reexame do conjunto fático-probatório contido nos autos, o que, no entanto, é vedado em sede de recurso especial, nos termos da

Isso reflete, inegavelmente, a novel dimensão conferida ao princípio da fungibilidade, conforme a antes transcrita lição de Wambier<sup>51</sup>, garantindo ao jurisdicionado uma tutela mais justa e efetiva, a partir de posições mais flexíveis fundadas em valores constitucionais fundamentais.

## DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

É chegado o momento de analisar o princípio da fungibilidade recursal com olhos postos no direito processual civil, o que se fará desde o seu nascedouro com o CPC de 1939 à sistemática vigente, tracejando as condicionantes para sua aplicação.

### Do Código de Processo Civil de 1939

O CPC de 1939 preconizava em seu art. 810 que, “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”<sup>52</sup>.

42

A previsão expressa sob a égide do CPC de 1939 era motivada pela complexidade do sistema recursal, em razão da existência pródiga de recursos (apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravo de instrumento, agravo de petição, agravo no auto do processo, revista, embargos de declaração e recurso extraordinário (art. 808, *caput*, do CPC de 1939), especialmente quando se tratava de optar entre a apelação e o agravo de petição, segundo Martins)<sup>53</sup>. Sem falar da dificuldade em se identificar o teor da decisão.

Àquela época, era recorrente a interposição de agravo de petição quando, a bem da verdade, o recurso correto seria o de apelação e vice-versa, tudo em virtude da ambígua redação de alguns incisos do art. 842 e, sobretudo, do art. 846, daquele *digesto* processual, quando ele referia-se a “decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito”<sup>54</sup>.

Ao revés do que se poderia alvitrar, a previsão explícita do princípio da fungibilidade recursal não impediu que ocorresse enorme dissidência acerca de sua

---

Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 847.616/MG. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 4 set. 2007. DJU, Brasília, 11 out. 2007, p. 302).

<sup>51</sup> WAMBIER, 2005a.

<sup>52</sup> BRASIL. *Código de Processo Civil (1939)*. Decreto-lei n. 1.608, de 18 set. 1939. Coleção de Leis do Brasil de 1939. v. 1.

<sup>53</sup> MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

<sup>54</sup> BRASIL, Op. cit., 1939.

aplicação, não se tendo logrado estatuir critérios objetivos para tal mister, o que dava margem ao nefasto casuísmo.

Naquele tempo, a par da controvérsia quanto à necessidade da ausência tautócrona de erro grosseiro e de má-fé – tendo prevalecido a hipótese negativa ante o bom vernáculo da conjunção “ou” –, a exata delimitação dos preditos institutos não ficou indene de dúvidas.

De toda sorte, prevaleceu o entendimento a teor do qual constituía erro grosseiro a interposição de recurso ao arrepio de texto expresso da lei, ou quando não houvesse, quer na doutrina, quer na jurisprudência, discepção acerca do recurso cabível.

Por sua vez, no tocante à má-fé, a divergência pairava dentre os estudiosos como Martins<sup>55</sup> e Oliveira e Cruz<sup>56</sup>. Na árdua tarefa de se conceituar a má-fé, destacou-se Pontes de Miranda<sup>57</sup>, para quem consubstanciava a má-fé o uso do recurso impróprio de maior prazo, por se ter perdido prazo do recurso cabível; valer-se do recurso de maior devolutividade para se alforriar a coisa julgada formal; ou, finalmente, protelar o feito, lançando mão do recurso mais demorado.

No entanto, o critério preponderante, para caracterizar a má-fé processual do recorrente, sustenta-se na inobservância do prazo do recurso próprio, conforme aclara Nery Júnior<sup>58</sup>.

### Da sistemática vigente

43

No atual CPC não foi repetida regra semelhante ao disposto no aludido art. 810 do revogado Código instrumental de 1939, o que se deveu à pretensa simplificação do novo sistema recursal, pelo que, acreditava-se, não mais se teria por aplicável o princípio da fungibilidade dos recursos. É o que menciona a exposição de motivos do CPC de 1973, ao dizer que:

É certo que, para obviar aos inconvenientes da interposição errônea de um recurso por outro, o Código vigente admite o seu conhecimento pela instância superior e ordena a remessa à câmara ou turma, desde que não esteja viciado por má-fé ou erro grosseiro (art. 810). O Código consagrou, nesse preceito legal, a teoria do “recurso indiferente” (*Sowohls-auch-Theorie*), como ensinam os autores alemães. Esta solução não serviu,

<sup>55</sup> MARTINS, op. cit.

<sup>56</sup> OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Do recurso de apelação (cível)*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

<sup>57</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 9.

<sup>58</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

porém, para melhorar o sistema, porque a frequência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo (item 31)<sup>59</sup>.

Num quadro tal, exaltou Jorge<sup>60</sup> que, em face dessas duas premissas – inexistência de previsão e simplicidade do sistema recursal – a doutrina e a jurisprudência negaram, de início e com tintas fortes, a existência do princípio em comento<sup>61</sup>. Tratam-se, como se percebe, de decisões impregnadas do superado positivismo legalista, incompatível com a ordem constitucional de 1988, conforme adiante se demonstrará.

Contudo, segundo a sabedoria popular, “o tempo é o senhor da razão”, e, logo, apercebeu-se que a propalada simplicidade do CPC de 1973 não espancou todas as vicissitudes que os fatos concretos da vida ensejam, persistindo as perplexidades de outrora no concernente aos recursos, o que levou os operadores do direito a, após empreenderem melhor estudo, reverem sua posição, acatando a aplicação do princípio, ainda que à míngua de sua positivação. E tal não poderia ser diferente. Moreira<sup>62</sup> afirmou, com pioneirismo, que “a solução não repugna ao sistema do novo Código, que não leva a preocupação do formalismo a ponto de prejudicar irremediavelmente o interesse substancial das partes por amor ao tecnicismo”<sup>63</sup>, acrescentando, com olhos postos no princípio da instrumentalidade das formas, que “se o erro de forma não torna inaproveitável a própria ação, menos ainda a escolha de forma imprópria para impugnar determinada decisão tornará inaproveitável o recurso”<sup>64</sup>.

44

<sup>59</sup> BRASIL, 1973, Exposição de Motivos do CPC.

<sup>60</sup> JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

<sup>61</sup> Colhe-se da jurisprudência contemporânea ao limiar da vigência do Código de 1973: “EMENTA: PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DOS RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INEXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO, ASSIM, DE REMÉDIO PROCESSUAL INADEQUADO. No sistema do Código de Processo Civil de 1973, em vigor, inexistente a fungibilidade de recursos, admitida no anterior, e, assim, a interposição de um dos especificamente previstos, por outro, constitui erro grosseiro, o que impedirá o seu conhecimento na instância superior” (SÃO PAULO. TJSP. 1ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 203.400. Rel. Des. Francisco Negrissollo, julgado em 11 set. 1974. RT 473/114); e “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE INICIAL. INADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. SUPRESSÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. I – O recurso cabível contra a sentença que indefere a petição inicial é o de apelação. II – O Código de Processo Civil atual eliminou o princípio da fungibilidade dos recursos” (SÃO PAULO. TJSP. 3ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 250.987. Rel. Des. Costa Manso, julgado em 6 maio 1976. RT 491/87).

<sup>62</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

<sup>63</sup> MOREIRA, 1974, p. 220.

<sup>64</sup> Id.

Além disso, é de sabença geral que os princípios não demandam previsão expressa na lei para sua aplicação. Por corolário lógico, tal fato não se erigiria em óbice para a conservação da fungibilidade recursal, especialmente porquanto remanesçam, como persistem, diversas situações em que a dúvida sobre o recurso cabível estava e está presente, respectivamente.

Acerca da desnecessidade de norma expressa, é imperativo transcrever a lição de Nery Júnior, segundo o qual:

os princípios são, normalmente, regras de ordem legal, que muitas vezes decorrem do próprio sistema jurídico e não necessitam estar previstos expressamente em normas legais, para que se lhes empreste validade e eficácia. Logo, mesmo à falta de regras expressas, pode-se entender, em tese, que a fungibilidade dos recursos não repugna ao sistema do CPC [...] <sup>65</sup>.

Assim, se é certo que a resolução quanto à aplicação do aludido princípio não demandou maiores esforços intelectuais, o mesmo não se pode dizer acerca do estabelecimento dos requisitos para tal pretensão.

A problemática se resume em saber se há que se ter em mira os requisitos adrede previstos no Código Processual de 1939, ou se tais requisitos não devem mais subsistir, não tendo chegado a um consenso, até os dias atuais, doutrina e jurisprudência.

Anote-se, por oportuno, que o que não se pode admitir, em hipótese nenhuma, é a aplicação temerária do princípio, como se extrai do Recurso Especial n. 166.460/BA, com voto vencido de lavra do Min. Eduardo Ribeiro:

Tenho entendimento firme, ainda que isolado, no sentido de que a circunstância de se tratar ou não de erro grosseiro não releva, frente ao direito vigente, para aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos. Peço vênia para transcrever trecho do voto que, a propósito, proferi: “O Código vigente, como sabido, não contém regra expressa sobre a possibilidade de converter-se, no recurso cabível, aquele que houver sido equivocadamente manifestado, não havendo reproduzido a norma constante do artigo 810 da lei processual de 1939. Ali se previa que a parte não seria prejudicada pela interposição de um recurso por outro, mas ressalvada a hipótese de má-fé ou erro grosseiro. Havendo este, não se poderia fazer a conversão, já que o direito era explícito quanto ao ponto. À míngua de norma análoga, a questão haverá de resolver-se com base na orientação geral que se pode extrair do contido nos artigos 244 e 250 do CPC. Aí se consagrou, de forma enfática, o princípio da instrumentalidade das formas. Inexistindo cominação expressa de nulidade e não

<sup>65</sup> NERY JÚNIOR, 1997, p. 112-113.

resultando prejuízo, o ato será aproveitado. Não importa que escusável ou inescusável, grosseiro ou não o erro. Se não decorreu gravame algum, releva-se e aproveita-se”<sup>66</sup>.

Com a devida vênia, tal exegese só se afiguraria possível num sistema em que, ao contrário do brasileiro, não se faz presente a unirrecorribilidade<sup>67</sup>, quando, então, bastaria à parte manifestar seu intento recursal para ver sua insurgência reexaminada.

Ora, a “fungibilidade não se destina a legitimar o equívoco crasso, ou para chancelar o profissional inábil; serve, isto sim, para salvar o ato que, diante das circunstâncias do caso concreto, decorreu de dúvida objetiva”<sup>68</sup>.

Sob as luzes desse posicionamento doutrinário que, de resto, é o desenho do entendimento da dogmática processual pátria, não se teria como admitir a fungibilidade entre agravo regimental e embargos declaratórios, salvo, excepcionalmente, quando expressamente a parte o requeresse e fosse uma postura compreensível ante a complexidade da matéria. Fica claro que o “erro inexplicável revela-se insuficiente para subtrair do recorrido o legítimo direito a um Juízo de inadmissibilidade do recurso impróprio”<sup>69</sup>.

Recentemente, o colendo STJ fez assentar que o princípio da fungibilidade não é paladino para todos os males, enaltecendo a necessidade de se observar, em sua aplicação, princípios outros, de igual, ou quiçá, maior magnitude, como o da taxatividade, o da singularidade e o da adequação<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> BRASIL. STJ. 3ª Turma. REsp n. 166.460/BA. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10 dez. 1999. *DJU*, Brasília, 17 abr. 2000, p. 57.

<sup>67</sup> Também conhecido como princípio da unicidade ou singularidade, que determina só caber um único recurso por vez, tendo em vista que ele é o adequado.

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 512.

<sup>69</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 94.

<sup>70</sup> Nesse sentido: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 105, III, ‘A’ E ‘C’ – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – COMBINAÇÃO DE ESPÉCIES RECURSAIS – AGRAVO REGIMENTAL COM PEDIDOS DE REFORMA E DE SUPRIMENTO DE OMISSÕES E OBSCURIDADES – INADEQUAÇÃO – FUNGIBILIDADE IMPOSSÍVEL. 1. É pacífica a jurisprudência do STJ quanto à possibilidade de conversão de embargos declaratórios em agravo regimental, quando atendidos os requisitos da fungibilidade, especialmente a ausência de erro grosseiro e a adequação de forma, a tempestividade e a inexistência de má-fé. 2. Não é possível admitir a fungibilidade quando o agravante faz reunir em uma única espécie recursal os elementos distintos, diversos e indecomponíveis de agravo interno e de embargos declaratórios. A fungibilidade não alcança a mescla de elementos categoriais de dois recursos diferentes em um só. Ofensa aos princípios da taxatividade, singularidade e fungibilidade. 3. A flexibilização de formas, primado que rege a tolerância com certos desvios não prejudiciais no trato dos recursos, é de ser afastada quando se procede à autêntica criação de espécie nova. O recurso, além de direito da parte, termina por retardar a fruição de um direito subjetivo, daí ser necessário maior rigor no manuseio dessa forma de irresignação contra os provimentos judiciais. Agravo regimental não

Num quadro tal, fica claro que a fungibilidade recursal deve atender a certos requisitos de aplicabilidade, para que a sua incidência não resulte, repisa-se, em conflito com outros preceitos processuais, como o princípio da singularidade recursal, consistente na impossibilidade de se atacar uma decisão, utilizando-se mais de um tipo de recurso ao mesmo tempo.

Ao se debruçar sobre o exame dos requisitos, tem-se que parte da jurisprudência<sup>71</sup> e da doutrina<sup>72</sup> ainda se orienta no sentido de que o princípio da fungibilidade deva ser aplicado da mesma forma e com os mesmos requisitos do *codex* revogado.

Todavia, vozes não menos abalizadas propendem para a sua aplicação em face das necessidades e peculiaridades do sistema vigente, como Wambier<sup>73</sup> e Nery Júnior<sup>74</sup>, entendimento esse que parece o mais técnico, *permissa venia*.

Não se deve tão somente transportar os requisitos do sistema pretérito para o atual, já que a sistemática recursal foi mudada sobremaneira e o direito, assim como a sociedade, encontra-se em constante evolução. Deve-se, isto sim, fazer uso do tirocínio adquirido, estabelecendo-se concepção própria, de molde a relegar os problemas do passado e atender às necessidades do sistema vigente, em conformidade com Jorge<sup>75</sup>.

Ao se compreender desse modo, o afastamento, desde já, da inexistência de má-fé, como requisito necessário para a aplicação do princípio, é medida que se impõe, notadamente diante da dificuldade e do inseparável casuismo para sua definição. Em abono à tese, Wambier aduz que:

a má-fé era aspecto que tinha de ser enfrentado à luz do estatuto revogado, que lhe fazia referência explícita, mas não, a nosso ver, à luz da lei

---

conhecido” (BRASIL. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 741.541/SP. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18 dez. 2008. *DJ-e*, Brasília, 5 mar. 2009).

<sup>71</sup> Dessa maneira: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROVIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. INAPLICABILIDADE. I – *O princípio da fungibilidade recursal só é aplicável quando incorre má-fé ou erro grosseiro por parte do recorrente*. Na espécie houve patente erro grosseiro. A ‘lex legum’, em seu art. 105, inciso II, letra ‘b’, expressamente, diz que cabe recurso ordinário dos mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. II – Agravo regimental improvido. Decisão, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental” (BRASIL. STJ. 6ª Turma. AgRg no Ag 41684, Processo 1993.00.22046-2/SP. Rel. Min. Pedro Aciole, julgado em 27 set. 1993. *DJU*, Brasília, 18 out. 1993, p. 21893) (grifo próprio).

<sup>72</sup> Ver em MARINONI; ARENHART, 2008, p. 512-513; e, SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 707.

<sup>73</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.

<sup>74</sup> NERY JÚNIOR, 1997.

<sup>75</sup> JORGE, op. cit.

vigente, que nem menciona o princípio. Logo, parece que sua formulação deve ser a mais simples e operativa possível. A má-fé, a nosso ver, deve ficar de fora<sup>76</sup>.

Adianta-se que, ainda que se tenha por aplicável a fungibilidade e, nada obstante, esteja o recorrente agindo premido de má-fé, ele será alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18, ambos do CPC, devendo-se, entretanto, conhecer-se do recurso, visto que, como cediço, a má-fé não se mete a rol dentre os requisitos de admissibilidade dos recursos, nos termos do esboço ensinado de Nery Júnior<sup>77</sup>.

Ressalta-se, por conseguinte, desde já, em conclusão antecipada, que o único requisito, como adiante se verá, a ser exigido para que se empregue o princípio da fungibilidade é a dúvida objetiva.

### *Dúvida objetiva*

Para Nery Júnior<sup>78</sup>, desde o sistema revogado, configura-se erro grosseiro a interposição de um recurso errado, sendo que o correto encontra-se, às escâncaras, no texto da lei.

Haverá erro grosseiro, igualmente, quando a doutrina ou jurisprudência forem unânimes quanto ao recurso cabível para a espécie, ou a jurisprudência não discrepar a respeito. Noutros termos, na lição de Jorge<sup>79</sup>, em sendo a lei dúbia ou contraditória, além de conceituar uma decisão como sendo outra, ou, ainda, se existe divergência na doutrina e/ou na jurisprudência, a parte não incorrerá em erro grosseiro na agitação do recurso. Nesse mesmo sentido, são as lições de, entre tantos outros, Teixeira<sup>80</sup> e Lamy<sup>81</sup>.

Tais situações, fazendo coro ao que defende Wambier<sup>82</sup>, por si só, dão azo à incidência do princípio da fungibilidade recursal.

Dessa maneira, é de todo impertinente se distinguir ocorrência de dúvida objetiva de inexistência de erro grosseiro, como faz, por exemplo, Nery Júnior<sup>83</sup>. Para o renomado processualista, o erro grosseiro só incidirá na ausência do requisito da dúvida objetiva, sendo que, para ele, existirá dúvida objetiva quando o próprio código designa uma decisão interlocutória como sentença ou vice-versa;

<sup>76</sup> WAMBIER, 1996, p. 114.

<sup>77</sup> NERY JÚNIOR, 1997.

<sup>78</sup> Id.

<sup>79</sup> JORGE, op. cit.

<sup>80</sup> TEIXEIRA, op. cit.

<sup>81</sup> LAMY, op. cit.

<sup>82</sup> WAMBIER, 1992, p. 60.

<sup>83</sup> NERY JÚNIOR, 1997.

quando a doutrina e/ou a jurisprudência divergirem quanto à classificação de determinados atos judiciais e, conseqüentemente, quanto à adequação do respectivo recurso para atacá-los; ou quando o juiz profere um pronunciamento em lugar de outro.

Como se pode inferir, existindo, a título de exemplo, dissenso jurisprudencial acerca do cabimento de um determinado recurso, tal fato, por si só, permite a incidência do princípio da fungibilidade, já que, em assim sendo, não se poderá considerar tal como erro grosseiro, visto que delineada restou a dúvida objetiva.

Como o mestre Nery Júnior<sup>84</sup>, outros processualistas, ao definirem dúvida objetiva, acabam por consagrar situações ensejadoras de erro grosseiro, como é o caso do notável Desembargador do egrégio TJRS, Portanova<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> NERY JÚNIOR, 1997.

<sup>85</sup> A mesma contradição, *concessa venia*, cometem os Tribunais: “EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO. LEI 8.038, ART. 28. DESCABIMENTO PARA ATACAR DECISÃO QUE ORDENA O DESENTRANHAMENTO DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. FUNGIBILIDADE RECURSAL NÃO ACOLHIDA. ERRO INESCUSÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. I – A sistemática processual vigente somente prevê agravo de instrumento no Superior Tribunal de Justiça para viabilizar o seguimento do recurso especial obstado na origem e nos casos em que funcione ele, por previsão legal, como órgão de segunda instância, sendo descabido seu manejo contra decisão que ordena o desentranhamento das contrarrazões ao recurso especial. II – A fungibilidade recursal reclama, dentre outros pressupostos, que o erro seja escusável, como na hipótese de fundada dúvida. Decisão. Por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental” (BRASIL. STJ. 4ª Turma. AGA 33557, Processo 1993.00.03898-2/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24 jun. 1993. *DJU*, Brasília, 2 ago. 1993, p. 14256); e “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONTRADIÇÃO ENTRE O VOTO-CONDUTOR E A EMENTA DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: ADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC: IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE ATUALIZAÇÃO DE CÁLCULOS NO CURSO DA EXECUÇÃO. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO, E NÃO APELAÇÃO. DÚVIDA OBJETIVA: INEXISTÊNCIA. ERRO GROSSEIRO: CONSTATADO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL: INAPLICÁVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Não são protelatórios os embargos de declaração interpostos com o fito de eliminar contradição existente entre o voto-condutor e a ementa do acórdão. II – Embora não esteja inserto em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição de recurso seja escusável é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca do recurso cabível. Se, ao contrário, não existe dissonância ou já esta ultrapassado o dissenso entre os comentadores e os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. III – Constitui erro grosseiro a interposição de apelação, ao invés de agravo de instrumento, contra decisão homologatória de conta de atualização efetuada no curso da execução. IV – Recurso Especial conhecido e parcialmente provido para excluir a multa imposta. Decisão. Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento” (BRASIL. STJ. 2ª Turma. REsp 117429, Processo 1997.00.05902-2/MG. Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 19 maio 1997. *DJU*, Brasília, 9 jun. 1997, p. 25514) (grifo próprio). Por esses julgados, fica patente que, ao se ter por caracterizado o erro grosseiro, acaba-se por se reportar à dúvida objetiva.

De fato, ainda sob a égide do sistema revogado, já exortava Seabra Fagundes<sup>86</sup>, no sentido de que se deveria sempre fechar os olhos para o erro na interposição de um recurso, se presente estivesse a dúvida.

Por todo o exposto, crê-se que não há que se cogitar em diferenciar a dúvida objetiva da inexistência de erro grosseiro, sendo aquela pressuposto desse, motivo por que se antolha preferível a utilização do primeiro termo.

Nesse momento, impede apontar alguns casos em que os doutrinadores sustentam estar presente a dúvida objetiva: o ato do juiz que decide o pedido de adjudicação de bens aos parentes do devedor (antiga remição de bens) em execução; o ato do juiz que decreta, processualmente, o usufruto forçado de imóvel ou de empresa; o ato de juiz que julga o incidente de falsidade; a rejeição liminar da reconvenção ou da ação declaratória incidental; a decisão sobre a remoção do inventariante, para Nery Júnior<sup>87</sup>; pronunciamento que julga a exibição de documento ou coisa em poder de terceiro; decisão que concede a antecipação de tutela com base no art. 273, § 6º, do CPC; resolução que julga a liquidação de sentença; decisão que julga a impugnação ao cumprimento de sentença; dúvida entre o cabimento de agravo interno e agravo regimental; dúvida entre o cabimento de embargos declaratórios e agravo interno; dúvida entre o cabimento de embargos infringentes ou apelação na execução fiscal, segundo Vasconcelos<sup>88</sup>; decisão sobre cabimento da denunciação à lide; decisão que indefere oposição; julgamento da questão de estado requerido incidentalmente (art. 265, IV, c, do CPC), na lição de Wambier<sup>89</sup>; dúvida entre o cabimento de embargos infringentes ou recursos de estrito direito; decisão que exclui litisconsorte do processo; fungibilidade entre meios de destrancamento dos Recursos Especial e Extraordinário retidos e entre meios de depósito para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em conformidade com Lamy<sup>90</sup>.

De fato, parte dos exemplos citados são de questionável juridicidade, além de que alguns casos mencionados se fazem superados, na atualidade, por entendimentos jurisprudenciais mais recentes e pelas também recentes reformas do CPC. Contudo, a análise em pormenor a esse respeito, em virtude da riqueza de argumentos a se expor, desbordaria dos lindes a que se propõe este trabalho.

Contrariamente, doutrinadores como Medina<sup>91</sup>, em franca maioria, rejeitam a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos em tema de Recurso Especial

<sup>86</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

<sup>87</sup> NERY JÚNIOR, 1997.

<sup>88</sup> VASCONCELOS, op. cit.

<sup>89</sup> WAMBIER, 2005b.

<sup>90</sup> LAMY, op. cit.

<sup>91</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

e de Recurso Extraordinário, dadas as peculiaridades rigidamente positivadas na CR/88, outra não sendo a inteligência da jurisprudência<sup>92</sup>. É de se apontar aqui a posição divergente de Vasconcelos<sup>93</sup> e Lamy<sup>94</sup>, em casos como os de decisões acerca do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, em que os recursos oscilam quanto ao amparo na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) ou na CR/88, sendo certo que o trato da matéria é controvertido entre os membros dos próprios Tribunais Superiores competentes.

Destaca-se que, por óbvio, a dúvida deve ser objetiva, *id est*, não pode fazer tão só no recôndito do recorrente, não se perdendo de vista, sem embargo, que, em havendo nova hipótese de dúvida, isto é, ainda não assinalada em doutrina ou jurisprudência, desde que a parte apresente razões consistentes, ter-se-á a incidência do princípio em tela. Ademais, a dúvida deve ser atual, ou seja, descabe se cogitar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal se fenecido o dissenso doutrinário e/ou jurisprudencial de outrora a respeito do recurso cabível, na preleção de Jorge<sup>95</sup>.

Em linha de remate, urge mencionar que a importância do princípio da fungibilidade recursal se avultou após a edição da Lei n. 11.232/05, a qual modificou a redação do § 1º, do art. 162, do CPC, nos seguintes termos: “Art. 162. [...] § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”<sup>96</sup>.

É inegável que a *mens legis* dirigiu-se a considerar a implementação definitiva na sistemática processual civil do processo sincrético, fixando-se as fases de conhecimento e de cumprimento de sentença, bem como adaptando o conceito de sentença, no sentido de que o juiz não mais acaba o ofício jurisdicional com a sentença, porque deverá, de regra, cumpri-la.

Não se pode descartar, ante a literalidade do predito dispositivo legal, a possibilidade de se alvitrar como sentença – e, como tal, recorrível por apelação – todo e qualquer ato judicial que implique uma das situações descritas nos arts. 267 e 269, ambos do CPC, em especial decisões com resolução parcial do mérito

<sup>92</sup> Em sentido equivalente: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO QUE NÃO ATACA TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO. I – Deixando o agravante de refutar fundamento suficiente à manutenção do decisório agravado, nega-se provimento ao agravo regimental. II – *Inaplicável o princípio da fungibilidade recursal para se convolar em recurso extraordinário apelo originariamente interposto como recurso especial*. III – Agravo regimental desprovido. Decisão. Por unanimidade, negar provimento ao Agravo Regimental” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AGA 26016, Processo 1992.00.20452-0/SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 maio 1993. DJU, Brasília, 7 jun. 1993, p. 11240) (grifo próprio).

<sup>93</sup> VASCONCELOS, op. cit.

<sup>94</sup> LAMY, op. cit.

<sup>95</sup> JORGE, op. cit.

<sup>96</sup> BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

(homologação de transação parcial, acolhimento de prescrição quanto a determinadas parcelas de um débito etc.) ou, ainda, de exclusão de litisconsorte e de indeferimento liminar da reconvenção. Em realidade, os exemplos citados são, nessa análise, hipóteses claras de cabimento do recurso de agravo de instrumento, mas, como visto anteriormente neste mesmo tópico, a exegese a tal respeito não é uníssona em sede doutrinária. Isso, por si só, rende ensanchas à incidência do princípio da fungibilidade, não se podendo, encareça-se, conferir relevo à presente proposta ou mesmo à de um renomado processualista, mas, sim, insista-se, a ocorrência de dissenso respeitante ao tema na doutrina e/ou na jurisprudência.

Como posição denominada intermediária, tem-se a lição de uma das maiores processualistas brasileiras, a qual, a despeito de reconhecer o cabimento do recurso de agravo nas hipóteses, pontua que, não obstante, tratar-se-ia de sentenças, gerando perplexidade no jurisdicionado, e, por tal razão, ensejando a fungibilidade recursal:

Definimos sentença a partir do critério consistente *em seu conteúdo*. A nosso ver, é este o critério que distingue sentença dos demais pronunciamentos judiciais, como já dissemos. Assim, a decisão que indefere liminarmente a reconvenção *é sentença*, pelo critério do seu conteúdo, pois que o juiz proferirá decisão com fulcro necessariamente num dos incisos dos arts. 267 ou 269, ou, mais especificamente, arts. 267, I, IV, VI; 269, IV; 295, I a VI e parágrafo único, I a IV. Como dissemos, o legislador especificou quais conteúdos fazem com que se possa identificar um pronunciamento judicial como sentença. Estes possíveis conteúdos estão previstos justamente nos incisos dos arts. 267, 269 e 295 do Código de Processo Civil. Destes pronunciamentos, o recurso cabível é a apelação, segundo o art. 513. Esta é a regra.

Excepcionalmente, se recorre de sentenças por meio de agravo<sup>97</sup>.

Parece que o pronunciamento judicial se erigirá à categoria de sentença se, a par de conter as matérias previstas nos arts. 267 ou 269 do CPC (CPC, 162, § 1º), der cabo a uma fase processual, o que pode, aliás, ser extraído da interpretação, *contrario sensu*, do art. 162, § 2º, do CPC. Noutras palavras, a decisão judicial não será tecnicamente sentença se estiver solucionando questão incidental, a despeito de conter alguma das hipóteses plasmadas nos arts. 267 ou 269, ambos do CPC, quando então se cuidará de decisão interlocutória e, como tal, recorrível na forma do art. 522 do CPC.

Câmara<sup>98</sup> fornece essa como sendo a interpretação a ser adotada, *mutatis mutandis*:

<sup>97</sup> WAMBIER, 2005b, p. 190; no mesmo sentido LAMY, op. cit., p. 150-151.

<sup>98</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

Não me parece, porém, que seja assim. Estou convencido de que, apesar das novas redações dos dispositivos legais, a sentença continua a ser, no direito processual civil brasileiro, um *ato final*. Aceita a ideia de que existem três módulos processuais distintos (o de conhecimento, o de execução e o cautelar), deve-se considerar sentença o ato do juiz que, resolvendo ou não o mérito da causa, tenha sido capaz de pôr termo a um módulo processual (no primeiro grau de jurisdição). Em outros termos, isto significa dizer que o conceito de sentença, afinal de contas, não se alterou, embora a Lei n. 11.232/05 tenha modificado o texto legal como o fez.

[...] Atos de resolução parcial do mérito, que não determinam a extinção do módulo processual em que proferidos, não são sentenças, mas decisões interlocutórias<sup>99</sup>.

Na mesma toada, Theodoro Júnior:

[...] Se resolve qualquer dessas matérias, o ato judicial, sem dúvida, terá enfrentado situação prevista ou no art. 267 ou no 269 do CPC. Mas seria compatível com o sistema de efetividade e celeridade do processo qualificar como sentença, e permitir a interposição de apelação, antes que o mérito da causa tenha sido completamente resolvido? As regras legais não podem ser lidas e interpretadas isoladamente, fora do sistema a que se integram e em atrito com a sua teleologia.

A reforma ficou a meio caminho; criou um grave problema e não cuidou de dar-lhe solução, quer no campo da maior precisão do que deveria ser a sentença, quer na adaptação do sistema recursal à nova definição de sentença.

Cabe ao intérprete a penosa missão de descobrir o caminho jurídico da superação da deficiência normativa.

[...] Pela insuficiência teórica e operacional do conceito de sentença formulado pelo § 1º do art. 162, sua real delimitação há de ser feita por exclusão: só se deverá considerar como sentença o ato decisório que não configurar decisão interlocutória. Se se resolve questão incidente (questão que não encerra o acerto, nem põe fim à relação processual), o pronunciamento sobre qualquer tema dentre os previstos nos arts. 267 e 269 não assumirá a categoria de sentença; será decisão interlocutória, devendo sua impugnação ocorrer por meio de agravo, e não de apelação<sup>100</sup>.

Conforme dito alhures, esses dois últimos juristas possuem razão, não se descartando, porém, a possibilidade de uma decisão interlocutória gerar efeitos

<sup>99</sup> CÂMARA, op. cit., p. 410.

<sup>100</sup> THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 581.

próprios de uma sentença, como a formação de coisa julgada material e o cabimento de ação rescisória, consoante exemplos fornecidos por Dinamarco<sup>101</sup> e Araújo<sup>102</sup>.

### *Da tempestividade*

Não há como encerrar o exame dos requisitos para incidência do princípio da fungibilidade recursal sem tecer considerações acerca do prazo para a interposição do recurso. Vale mencionar, se o recorrente deve obediência ao prazo do recurso tido como adequado ou não.

Conforme já foi exposto, a tendência preponderante à verificação da inexistência de má-fé pelo irrisignante radica-se no fato de que ele deverá se valer do prazo do recurso de menor tempestividade, exegese que valia para a sistemática revogada e, para aqueles que a ela se prendem, continua persistindo. Noutros termos, para os seguidores dessa corrente, havendo dúvida, por exemplo, entre o cabimento do recurso apelatório e o de agravo de instrumento, deverá o recorrente observar o prazo legal de 10 dias, previsto no art. 522 do CPC, e não o de 15 dias do art. 508 do mesmo diploma.

Roga-se obsequiosa vênua a quem entende de forma diversa, considerando que tal exigência é um rematado absurdo, haja vista, como antes destacado, a grande dificuldade para delinear a má-fé, o que gerava intensa celeuma desde a sistemática passada, desaguando em critérios absolutamente subjetivos e casuístas para tanto, o que não pode e não deve ocorrer em decisões judiciais.

54

Ademais, a má-fé, além de não se erigir em qualquer dos pressupostos processuais que regem a admissibilidade dos recursos, deve ser punida na forma dos arts. 17 e 18 do CPC ou, na fase executiva, na forma dos arts. 600 e 601, desse mesmo estatuto processual.

Dessa forma, fica claro que o recorrente deve respeito ao prazo do recurso efetivamente interposto.

No entanto, para a maioria da jurisprudência, o recurso errado deve ser interposto no prazo do recurso tido por adequado. A jurisprudência dominante adota esse, ora combatido, ponto de vista, como se pode ver, inclusive, de recentes decisões do colendo STJ, órgão a que a CR/88 incumbiu de dar a correta, adequada e uniforme interpretação à legislação infraconstitucional, no caso a processual<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>102</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>103</sup> Nesse sentido: "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ART. 475 DO CPC ALTERADO PELA LEI 11.232/2005 – RECURSO CABÍVEL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ERRO ESCUSÁVEL – FUNGIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO NA FASE DE EMBARGOS-QUESTÃO NÃO SUSCITADA NA FASE DE FORMAÇÃO DO TÍTULO JUDICIAL – EXCESSO DE EXECUÇÃO NÃO

Da leitura atenta dos arestos transcritos, pode-se afirmar que seus ilustres prolores encontram-se por demais influenciados pelos restolhos do sistema revogado de 1939.

CONFIGURADO – DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. I – Embargos à execução fundados em título executivo judicial, após a entrada em vigor da lei 11232/05, passam a ser denominados impugnação ao cumprimento de sentença, devendo observar o procedimento previsto nos arts. 475-J e seguintes do CPC, que prevê o recurso de apelação em caso de extinção da execução. II – *Havendo fundada dúvida doutrinária e jurisprudencial sobre qual o recurso cabível contra decisão que julgar os Embargos à execução, agora denominados impugnação, não há falar em erro grosseiro se o recurso ajuizado de forma equivocada tiver sido interposto no prazo do recurso adequado, aplicando-se o princípio da fungibilidade recursal.* III – Transitada em julgado a sentença executada, descabe a discussão acerca da certeza do título ou até mesmo de fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do exequente, se anteriores ao provimento judicial exequendo, vez que a decisão executada está protegida pelo manto da coisa julgada” (MINAS GERAIS. TJMG. 12ª Câmara. Apelação Cível n. 1.0079.06.289916-0/001. Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 3 dez. 2008. TJMG, Belo Horizonte, Data da publicação 12 jan. 2009) (grifo próprio); “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APELAÇÃO. RECURSO INADEQUADO. ERRO GROSSEIRO PRESENTE. FUNGIBILIDADE RECURSAL INVIÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO. I – *A fungibilidade recursal é excepcional e pressupõe a existência de dúvida objetiva quanto à espécie de recurso cabível, não estar presente erro grosseiro e o recurso inadequado tenha sido interposto no prazo legal daquele que seria correto.* II – O provimento judicial que julga liquidação de sentença é decisão interlocutória e desafia agravo de instrumento nos exatos termos do art. 475H do CPC. III – Diante da expressa previsão legal, a parte que interpõe apelação contra o mencionado provimento judicial pratica erro grosseiro, o que impede a excepcional aplicação da fungibilidade. 4. Agravo de instrumento conhecido e não provido, mantida a decisão que negou recebimento à apelação por ser recurso inadequado” (MINAS GERAIS. TJMG. 2ª Câmara. Agravo de Instrumento n. 1.0105.95.006479-7/001. Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 17 abr. 2007. TJMG, Belo Horizonte, Data da publicação 27 abr. 2007) (Grifo próprio); “EMENTA: AÇÃO CIVIL. INDEFERIMENTO PARCIAL DA INICIAL. RECURSO DE AGRAVO. APELAÇÃO INTERPOSTA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. OBSERVÂNCIA DO PRAZO. PRECEDENTES. TEMPESTIVIDADE NÃO COMPROVADA. SÚMULA 7/STJ. I – *Ainda que pertinente a existência de dúvida quanto ao recurso a ser utilizado contra decisão que indefere parcialmente a inicial, na hipótese não se pode falar na aplicação do princípio da fungibilidade recursal, que exige o cumprimento de mais dois requisitos: ausência de erro grosseiro e que o recurso erroneamente interposto, tenha sido protocolado dentro do prazo do recurso que se quer seja admitido.* Este último requisito não pode ser comprovado dos elementos trazidos aos autos, uma vez que o recorrente não cuidou de juntar a certidão da intimação da decisão atacada via tal recurso. Incidência da Súmula 7/STJ. II – Precedentes: REsp n. 641.431/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/12/2004, REsp n. 117.429/MG, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL, DJ de 09/06/1997, AgRg nos EREsp n. 588.006/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 13/12/2004. III – Agravo improvido” (BRASIL. STJ. 1ª Turma. AgRg no REsp 920.389/RS. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17 maio 2007. DJU, Brasília, 31 maio 2007, p. 407) (grifo próprio); e, finalmente, “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AO INVÉS DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ E ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE. I – *É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inócurre erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade.* II – Informa o acórdão recorrido que o recorrente interpôs recurso de agravo de instrumento em situação em que o juiz de 1º grau determinou o arquivamento, com baixa na distribuição, situação em que seria cabível a apelação. Ocorre,

Não se pode refrear o movimento de progresso pelo qual perpassa o processo civil pela óptica paralisante do medo. É o que se pode dizer daqueles, renovada vênua, que, até os dias de hoje, permanecem infensos à exegese ora defendida.

Não será excessivo repisar que nada há que justifique essa exigência, mesmo porque, a rigor, nem o diploma passado aludia a isso, bem como, porquanto, e isto é irretorquível, o que se presume é a boa-fé.

O principal argumento dos que pensam dessa maneira é o de que, se agitado o recurso errado, após o escoamento do prazo do remédio correto, operada estaria a preclusão ou a coisa julgada, de tal sorte a impossibilitar a aplicação do princípio da fungibilidade.

Ao se dissecar a questão posta com o bisturi do bom senso, vale dizer, a ocorrência de preclusão ou de coisa julgada, Moreira adverte que, em virtude do princípio da fungibilidade dos recursos, há que se abrandar essa regra:

O que se tem de reconhecer é que a lei abriu uma exceção à regra, segundo a qual o escoamento *in albis* do prazo para o recurso cabível faz transitar em julgado a decisão; ou, antes, que a *res iudicata* se forma sob condição resolutiva da subsequente interposição de recurso inadequado, mas conversível no adequado por inexistência de erro grosseiro ou má-fé<sup>104</sup>.

56

A razão acompanha, uma vez mais, o apontado mestre. Em verdade, fungibilidade, reitera-se, implica permuta. E, assim considerando, o câmbio quanto ao recurso adequado há de ser pleno, englobando-se, por natural consectário, seus prazos e procedimentos<sup>105</sup>.

Cumprido salientar que é dever do magistrado de, em nome do princípio da fungibilidade, receber um recurso por outro, visando, inclusive, dar concretude

---

entretanto, que ao apreciar os embargos declaratórios opostos pelo ora recorrente contra a decisão terminativa, denominada de 'despacho', o próprio juiz de 1º grau o induziu a erro, no que consignou que: 'a irresignação dos autores traz ínsito o escopo de reforma do decisório, vertendo-se, pois, contra os próprios argumentos de direito abraçados em sua fundamentação, insurgência que não cabe na estreita via declaratória, havendo de conformar-se ao recurso cabível, precisamente o de agravo de instrumento' (fl. 275). III – A indução à interposição de recurso equivocado pelo próprio órgão recorrido, aliada ao prazo mais exíguo do agravo de instrumento, quando em comparação com a apelação, afasta a suspeita de má-fé e o erro grosseiro, permitindo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal. IV – Recurso especial provido" (BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 898.115/PE. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3 maio 2007. DJU, Brasília, 21 maio 2007, p. 551) (grifo próprio).

<sup>104</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1968. p. 51.

<sup>105</sup> Nesse sentido é a melhor doutrina, valendo exaltar, dentre tantos outros: NERY JÚNIOR, 1997, p. 142; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 61; LAMY, 2007, p. 148; ASSIS, 2008, p. 96; MARINONI; ARENHART, 2008, p. 513; WAMBIER, 2005b, p. 161-162; JORGE, 2002, p. 233 e seguintes; VASCONCELOS, 2007, p. 84 e seguintes; e, TEIXEIRA, 2008, p. 157-158.

ao postulado constitucional da efetiva tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CR/88). Não é admitido, em um Estado que se quer Democrático de Direito, que o intérprete se atenha à literalidade de norma infraconstitucional não mais existente, ou seja, pertencente ao sistema processual revogado (do Código de 1939), até porque “se assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação a Lei Constitucional”<sup>106</sup>.

Ademais, a segurança jurídica demanda interpretação que favoreça ao recorrente, tendo em vista a restrição de direitos e por se tratar de ramo do direito público que, segundo basilar regra de hermenêutica, só admite tal limitação quando houver norma explícita nesse sentido, em conformidade com Maximiliano<sup>107</sup>.

Assim, tendo entendido a parte que o recurso adequado é o de apelação, manejada que foi no décimo quinto dia, o remédio processual adotado tem que ser havido como tempestivo, já que de 15 dias é o seu prazo para interposição (art. 508 do CPC).

Ao entender o órgão julgador competente que o caso seria de recurso de agravo, cujo prazo é de 10 dias (art. 522 do CPC), mesmo assim deverá recebê-lo, não se operando a preclusão temporal e nada importando a convicção pessoal do magistrado, uma vez que jamais se poderá olvidar que o princípio da fungibilidade foi instituído em benefício da parte, e não do Estado. Não se pode prejudicar os jurisdicionados por erro do próprio sistema, sendo escorreita – não se cansa de insistir – a interposição do recurso impertinente dentro do prazo que a norma jurídica instrumental lhe previu.

Não é só. A exigência do prazo menor, diverso daquele próprio do recurso que a parte considerou cabível, afronta o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88) e o da ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), por subtrair ao interessado o direito de recorrer em consonância com as regras processuais.

Conforme se deixou entrever ao ensejo do presente estudo, interpretação em sentido contrário do que se está a apregoar implica malferir o postulado constitucional do acesso amplo à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CR/88), sobrelevando trazer ao cotejo a magistral lição do tantas vezes mencionado Nery Júnior:

Em igual medida, todo e qualquer expediente destinado a dificultar ou mesmo impedir que a parte exerça sua defesa no processo civil atenta contra o princípio da ação e, por isso, deve ser rechaçado. Um exemplo que nos ocorre é o da aplicação do princípio da fungibilidade no processo civil. [...] Para que seja cumprido o comando constitucional que garante

<sup>106</sup> LEAL, op. cit., p. 52.

<sup>107</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

o exercício do direito de ação, deve ser aplicado o princípio da fungibilidade, substituindo-se o recurso erroneamente interposto pelo que seria o correto, desde que presentes os requisitos da existência de dúvida objetiva sobre qual seria o recurso adequado e da inexistência de erro grosseiro por parte daquele que pretende beneficiar-se da fungibilidade. Estando presentes os requisitos para a incidência do princípio da fungibilidade dos recursos no processo civil e o juiz deixar de aplicá-lo, estará infringindo o princípio constitucional da garantia do direito de ação<sup>108</sup>.

Para além de todos os fundamentos jurídicos expostos, suficientes *de per se* para amparar a tese colocada, convém sublinhar que ofende a lógica do razoável exigir que a parte utilize o menor prazo, se o do recurso por ela alvitado como correto é maior. A rigor, decisões fundadas em premissas desarrazoadas assim também o são e, como tais, receberão a pecha da inconstitucionalidade, por ferirem de morte o art. 5º, *caput*, e inciso LIV, da CR/88 – previsão implícita do princípio da proporcionalidade, citado sob o prisma de seu aspecto substancial – e o art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais (CE-MG), o qual prevê de maneira explícita o princípio da razoabilidade.

58

Importa registrar o fato de os especialistas apontarem diferentes sedes para o princípio constitucional da proporcionalidade, tais como a cabeça, o § 2º, os incisos V, X e XXV do art. 5º, os incisos VI, VII, XXI do art. 7º, o inciso XI do art. 37, todos da CR/88, além de outros. Como noticia Suppioni de Aguirre<sup>109</sup>, o qual se encarrega de justificar a divergência como fruto do recente “reconhecimento da positivação constitucional do princípio”<sup>110</sup>. Aliás, no ponto, importa transcrever a lição de Barroso:

*O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça. [...] Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada*

<sup>108</sup> NERY JÚNIOR, 2009, p. 177.

<sup>109</sup> SUPPIONI DE AGUIRRE, José Eduardo. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 114.

*incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto*<sup>111</sup> (grifo próprio).

Ao se acolher a lição transcrita, vê-se claramente que o juiz, ao aplicar o princípio da fungibilidade recursal, deverá verificar a obediência ao prazo do recurso efetivamente interposto, sob pena de inegável paradoxo e aplicação do princípio pela metade (adequação). Além de que, havendo o Juízo de admissibilidade positivo do recurso e em sendo constatado o emprego de malícia processual pelo recorrente, limitar-se-á o magistrado a apenar o mesmo (arts. 17 e 18 do CPC), sem lhe subtrair, todavia, o reexame da matéria deduzida em Juízo em assonância com as regras processuais vigentes (necessidade). Esses fatos, somados, ensejarão, aí sim, o conhecimento do litígio em sua plenitude pelo Estado-juiz, conduzindo o processo ao efetivo cumprimento de seu escopo sócio-político-jurídico e estabelecendo-o como lídimo instrumento de entrega da tutela jurisdicional e de realização de justiça no caso concreto (proporcionalidade em sentido estrito).

Adite-se, outrossim, que o estabelecimento da má-fé presumida, como corolário do respeito ao prazo do recurso adequado, acaba por criar, como se deixou entrever anteriormente, pressuposto recursal inexistente no ordenamento jurídico, o que ofende o princípio constitucional da anterioridade legal (art. 5º, II, da CR/88) e, em essência última, o próprio Estado Democrático de Direito, assentado que é em ordenamento jurídico escrito, daí resultando que o agir dos jurisdicionados não pode encontrar óbice outro que não o contido em lei. Dito com outras palavras, é de todo ilegítimo que o Estado-juiz restrinja o direito à tutela jurisdicional no recurso da parte sem amparo de lei em sentido estrito.

Na confluência do exposto, a não aplicação do princípio da fungibilidade recursal com o pressuposto único da dúvida objetiva importará negativa aos princípios constitucionais da anterioridade legal, do acesso amplo e efetivo à jurisdição, da segurança jurídica, do devido processo legal, em que se insere o da proporcionalidade e da ampla defesa, previstos, respectivamente, nos incisos II, XXXV, XXXVI, LIV e LV, do art. 5º da CR/88, além do postulado maior do Estado Democrático de Direito, preconizado pelo art. 1º, *caput*, da CR/88.

E a maior força normativa dos princípios é, de sabença geral, desde o início do século XX, quando as “novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>112</sup>. Cuida-se do denominado pós-positivismo, o qual tem como essência a valorização dos princípios com vista à edificação de um instrumental técnico-jurídico aplicável

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, p. 362-363.

<sup>112</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 264.

aos diferentes problemas concretos. A esse respeito, invoca-se, uma vez mais, a lição de Barroso:

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis<sup>113</sup>.

60

Por tudo o que se vem de dizer, deve-se garantir à parte o acesso à jurisdição sempre que haja dúvida, nada mais, nos termos da lição de Santos<sup>114</sup>.

### *Do procedimento a ser seguido em caso de incidência do princípio da fungibilidade recursal*

Feitas as considerações acerca da incidência do princípio da fungibilidade recursal, cabe lançar apontamentos sobre a aplicação prática do princípio, mais especificamente no que concerne ao órgão julgador competente para o intento e o procedimento a ser adotado no caso da interposição errônea de um recurso.

A todas as luzes, a fungibilidade recursal toca ao exame dos pressupostos que regem a admissibilidade de tais remédios processuais, daí resultando a inafastável

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006b, p. 35.

<sup>114</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

conclusão no sentido de que o seu emprego deve ser feito pelo Juízo responsável pela admissibilidade do recurso efetivamente interposto.

Ultrapassado esse ponto, deve-se dizer que o procedimento a ser aplicado, após o emprego da fungibilidade recursal, não demanda maiores indagações, cabendo ao órgão julgador adaptar a sistemática do recurso interposto ao do efetivamente cabível.

Certo é que a maior dificuldade no que se refere ao procedimento da fungibilidade recursal cinge-se àqueles cabíveis contra decisórios de primeiro grau, mais acentuadamente nos casos de troca entre a apelação e o agravo de instrumento, recursos que concentram boa parte das hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de incidência do princípio sob exame, o que deflui da diversidade dos órgãos judiciais competentes para o exame da admissibilidade. É dizer, o agravo de instrumento deve ser dirigido diretamente ao Juízo *ad quem* (art. 524 do CPC), enquanto a apelação se materializa por petição encaminhada ao Juízo *a quo*, prolator da decisão vergastada (art. 514 do CPC).

Assim, interposto agravo de instrumento em substituição da apelação, o relator decidirá sobre a incidência do princípio da fungibilidade e, em caso positivo, determinará a intimação das partes, especialmente do recorrido, para a oferta de contraminuta, avocando junto ao Juízo *a quo* os autos principais e processamento o recurso, a partir daí, como se de apelação se cuidasse, segundo procedimento previsto nos arts. 547 e seguintes do CPC.

Há quem defenda a intimação do recorrido, pelo relator, a fim de responder ao recurso e, instruído completamente o instrumento, levá-lo a julgamento pelo órgão colegiado como se fosse apelação, conforme Jorge<sup>115</sup>. Igualmente, caso o colegiado, por ocasião do julgamento, entenda que o agravo de instrumento deva ser recebido como apelação, deverá passar ao imediato julgamento, a menos que nos autos não se façam presentes os elementos para tanto, na preleção de Teixeira<sup>116</sup>.

De outra forma, no caso de interposição de apelação no lugar do agravo de instrumento, a questão deve ser aquilatada sob dois diferentes enfoques, já que não se perde de vista o fato de o Juízo de admissibilidade ser levado a efeito pelos Juízos *a quo* e *ad quem*, sendo do último a palavra final.

Por primeiro, para Assis<sup>117</sup>, entendendo o Juízo *a quo* pela aplicação da fungibilidade recursal, impor-se-á ao julgador a intimação do recorrente para juntar as peças que formarão o instrumento e, ao depois, determinar sua remessa à instância superior.

---

<sup>115</sup> JORGE, op. cit.

<sup>116</sup> TEIXEIRA, op. cit.

<sup>117</sup> ASSIS, op. cit.

Como dito, o Juízo de admissibilidade feito no Juízo *a quo* é provisório, o que não impedirá que o órgão *ad quem* entenda de maneira diversa, afastando o emprego do princípio da fungibilidade dos recursos ou, inclusive, que o recurso interposto é o próprio para a espécie. Em situações tais, bastará que não receba o recurso na primeira hipótese e, na segunda, processará o recurso que foi efetivamente interposto, mediante avocação dos autos principais, acaso necessário.

Entretanto, inaplicada a fungibilidade recursal pelo Juízo primevo, tal providência poderá ser adotada diretamente no tribunal, ensejo em que o relator ou o colegiado julgará o recurso apelatório como agravo de instrumento, o qual já estará natural e suficientemente instruído. Se, porventura, o recurso for inadmitido em 1º grau, bastará ao recorrente provocar a subida do apelo mediante oportuno manejo de agravo de instrumento, em harmonia com as disposições contidas nos arts. 522, 524 e seguintes, todos do CPC.

Em remate, é bom fincar que, havendo aplicação da fungibilidade recursal, caberá ao órgão julgador adaptar a sistemática do recurso interposto ao do efetivamente cabível, observando o procedimento de cada qual, nos termos dos arts. 547 e seguintes do CPC.

Assim, interposta, por exemplo, apelação no lugar do agravo de instrumento, a toda evidência se fará desvaliosa a providência reclamada pelo art. 526 do CPC, haja vista que o Juízo *a quo* já tomou ciência da irresignação, o que lhe viabiliza, de pronto, exercer Juízo de retratação.

Outrossim, por não se desconhecer que as despesas processuais dos recursos são calculadas de maneira díspar, certamente a parte interessada deverá ser intimada para complementá-las, quando insuficientes (art. 511, § 2º, CPC), ou para levantá-las, se excessivas.

O que jamais se poderá ignorar é que, em qualquer hipótese de incidência do princípio da fungibilidade dos recursos, “eventuais dificuldades procedimentais não bastam para impedir a sua viabilização prática, devendo-se fazer, sempre que necessário, as devidas alterações e adaptações no procedimento e na tramitação do recurso”<sup>118</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, com espeque no art. 5º, inciso XXXV, da CR/88, todos têm direito à busca da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, de há muito se encontrando ultrapassada a estrita visão de simples acesso aos diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário, o que reduzia o amplo acesso à jurisdição a um direito puramente formal.

<sup>118</sup> TEIXEIRA, op. cit., p. 162.

Nessa linha de raciocínio, o processo não é um fim em si mesmo, devendo o Estado-juiz acatar a inobservância de determinada forma, desde que tenha o ato atingido sua finalidade, sobrepujando-se, assim, o princípio da instrumentalidade das formas.

A fungibilidade recursal é princípio decorrente da instrumentalidade das formas e dos atos processuais que, por seu turno, decorre de postulados maiores, que são os princípios do devido processo legal, do acesso amplo e efetivo à jurisdição, da proporcionalidade e da razoabilidade, todos de envergadura constitucional. É certo que aquele se faz presente no sistema processual vigente de modo implícito, incidindo sempre que existente dúvida objetiva sobre qual o recurso adequado a atacar uma decisão judicial.

Assim é que, à míngua de consenso doutrinário e/ou jurisprudencial acerca do recurso cabível contra uma decisão – dúvida objetiva –, deverá o Poder Judiciário admitir e conhecer do recurso tido por incorreto, aplicando-se a fungibilidade recursal por meio da ponderação entre os princípios da legalidade, do devido processo legal, da inafastabilidade do controle da jurisdição e do Estado Democrático de Direito. Essa ponderação será propiciada pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, preservando os direitos fundamentais das partes e garantindo-lhes uma tutela jurisdicional verdadeiramente justa, adequada e efetiva. Tal conduta respaldará a idiosincrasia normativa dos princípios constitucionais.

Bem por isso, tem-se como não razoável a exigência de que o recorrente observe o prazo do recurso que se tem como apropriado pelo Poder Judiciário, por total ofensa aos aludidos postulados, consolidando-se uma aplicação mutilada do princípio da fungibilidade ou, em última análise, sua própria negação.

Finalmente, ainda que se tenha por aplicável a fungibilidade, caso esteja o recorrente agindo premido de má-fé, ele será alcançado pela sanção geral dos arts. 17 e 18 do CPC, devendo-se, entretanto, conhecer-se do recurso, visto que, como cediço, a má-fé não se mete no rol dos requisitos de admissibilidade de tais remédios impugnativos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito*. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, ano I, n. 2, p. 26-72, out. 2006b.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Código de Processo Civil (1939)*. Decreto-lei n. 1.608, de 18 set. 1939. Coleção de Leis do Brasil de 1939. v. 1.

BRASIL. *Código de Processo Civil (1973)*. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AGA 26016, Processo n. 1992.00.20452-0/SP. EMENTA: Processual Civil. Agravo que não ataca todos os fundamentos da decisão agravada. Desprovemento. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 maio 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 7 jun. 1993, p. 11240.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no Ag n. 847.616/MG. EMENTA: Preenchimento dos Requisitos. Tempestividade dos embargos. Princípio da fungibilidade recursal. Possibilidade de aplicação. Responsabilidade do sócio vinculada ao exercício de gerência ou ato de gestão. Súmula n. 7/STJ. Agravo Desprovido. Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 4 set. 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 11 out. 2007, p. 302.

64

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no REsp n. 920.389/RS. EMENTA: Ação Civil. Indeferimento parcial da inicial. Recurso de agravo. Apelação interposta. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Observância do prazo. Precedentes. Tempestividade não comprovada. Súmula n. 7/STJ. Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 17 maio 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 31 maio 2007, p. 407.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp n. 898.115/PE. EMENTA: Processual Civil. Recurso especial. Interposição de agravo de instrumento em vez de apelação. Inexistência de má-fé e erro grosseiro. Princípio da fungibilidade. Aplicabilidade. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 3 maio 2007. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 21 maio 2007, p. 551.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no REsp n. 741.541/SP. EMENTA: Processual Civil e Tributário – Agravo Regimental – Recurso Especial – art. 105, III, *a e c* – Contribuição social previdenciária – Repetição do indébito – Combinação de espécies recursais – Agravo regimental com pedidos de reforma e de suprimento de omissões e obscuridades – Inadequação – Fungibilidade impossível. Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18 dez. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 5 mar. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp n. 117429, Processo n. 1997.00.05902-2/MG. EMENTA: Processual Civil. Contradição entre o voto-condutor e a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal. Embargos de declaração: Admissibilidade. Aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC: Impossibilidade. Decisão homologatória de atualização de cálculos no curso da execução. Recurso cabível:

Agravo de instrumento, e não apelação. Dúvida objetiva: Inexistência. Erro grosseiro: Constatado. Princípio da fungibilidade recursal: Inaplicável. Recurso parcialmente provido. Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 19 maio 1997. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 9 jun. 1997, p. 25514.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp n. 166.460/BA. EMENTA: Homologação de Cálculos. Recurso cabível. Erro grosseiro. Súmula n. 118 da Corte. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 10 dez. 1999. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 17 abr. 2000, p. 57.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AGA 33557, Processo n. 1993.00.03898-2/SP. EMENTA: Processo Civil. Agravo. Lei n. 8.038, art. 28. Descabimento para atacar decisão que ordena o desentranhamento das contrarrazões ao recurso especial. Falta de previsão legal. Fungibilidade recursal não acolhida. Erro inescusável. Agravo desprovido. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24 jun. 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 2 ago. 1993, p. 14256.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgRg no Ag n. 41684, Processo n. 1993.00.22046-2/SP. EMENTA: Processual Civil. Agravo de instrumento. Improvimento. Agravo regimental. Erro grosseiro. Princípio da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Rel. Min. Pedro Acioli, julgado em 27 set. 1993. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 18 out. 1993, p. 21893.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil moderno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A distinção entre regras e princípios na visão de J. J. Gomes Canotilho. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 180, 31 maio 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1318>>. Acesso em: 16 mar. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria geral e admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 2.

MARTINS, Pedro Batista. *Recursos e processos da competência originária dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O pré-questionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MINAS GERAIS. Constituição (1989) *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Inédita, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 12ª Câmara. Apelação Cível n. 1.0079.06.289916-0/001. EMENTA: Embargos do devedor. Execução de título executivo judicial. Art. 475 do CPC alterado pela Lei n. 11.232/2005. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Erro escusável. Fungibilidade. Alegação de pagamento na fase de embargos questão não suscitada na fase de formação do título judicial. Excesso de execução não configurado. Decisão transitada em julgado. Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 3 dez. 2008. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Data da publicação 12 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1º jul. 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2ª Câmara. Agravo de Instrumento n. 1.0105.95.006479-7/001. EMENTA: Ação de indenização. Liquidação de sentença. Apelação. Recurso inadequado. Erro grosseiro presente. Fungibilidade recursal inviável. Recurso não provido. Rel. Des. Caetano Levi Lopes, julgado em 17 abr. 2007. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, Belo Horizonte, Data da publicação 27 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1º jul. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: [s.n], 1968.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. *Do recurso de apelação (cível)*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. t. 9.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 1ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 203.400. EMENTA: Princípio da fungibilidade dos recursos no Código de Processo Civil de 1973. Inexistência. Não conhecimento, assim, de remédio processual inadequado. Rel. Des. Francisco Negrissollo, julgado em 11 set. 1974. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 473/114.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 3ª Câmara Civil. Agravo de Instrumento n. 250.987. EMENTA: Interposição contra decisão que indefere inicial. Inadmissibilidade. Hipótese de Apelação. Princípio da fungibilidade. Supressão pelo Código de Processo Civil vigente. Rel. Des. Costa Manso, julgado em 6 maio 1976. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 491/87.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1946.
- SUPPIONI DE AGUIRRE, José Eduardo. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.
- VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. *Princípio da fungibilidade*. São Paulo: RT, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Dúvida objetiva: o único pressuposto para aplicação do princípio da fungibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 17, n. 65, p. 56-74, jan./mar. 1992.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo regime do agravo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O princípio da fungibilidade sob a ótica da função instrumental do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: RT, 2005a. p. 739-792.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005b.

Data de recebimento: 12/05/2010

Data de aprovação: 20/07/2010



# NEUERE ENTWICKLUNGEN IM DEUTSCHEN GMBH-KONZERNRECHT

## RECENT DEVELOPMENTS IN GERMAN LAW ABOUT GROUPS OF COMPANIES

*Wolfgang Servatius\**

### ABSTRACT

The German law about groups of companies is quite unique in the international company laws. Its general scope is to create a close concept on the question to what extent it is allowed to make use of corporations for exterior interests. The German company law provides special regulations for groups of companies since 1965. Nevertheless, this specific approach is being minimized by recent decisions of the German Federal Court of Civil Law. Especially for Limited Liability Companies the Court shifts the basis of the relevant rules to a general tort law approach. Hereafter, shareholders who use a corporation for exterior interest are not liable under specific company law rules but by the general rule of tort law. The article demonstrates the development of this legal question and gives critical remarks on it.

**Keywords:** Company law; External use of companies; Liability.

### INHALTSÜBERSICHT

A. Die Grundkonzeption des Konzernrechts, I. Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff, II. Gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeit und Beherrschung, B. Die unternehmensvertragliche Beherrschung einer GmbH, I. Grundlagen für die AG, II. Eingeschränkte Gesamtanalogie zum Aktienrecht?, III. Abschluss und Wirksamkeit eines Beherrschungsvertrages, IV. Das Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft, 1. Umfang des Weisungsrechts, nachteilige Weisungen, 2. Grenzen des Weisungsrechts, a. Verbot der Insolvenzvernichtung, b. Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer, V. Folgepflicht der Geschäftsführer, VI. Die Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft, VII. Sicherungsanspruch der

---

\* Professor Doutor da Universität Regensburg – Alemanha Universitätsstraße, n. 31, Regensburg – 0941 94301, Deutschland. Correspondência para / Correspondence to: Universitätsstraße 31, RW(S) 2.06, Regensburg – 0941 94301, Deutschland. E-mail: wolfgang.servatius@irebs.de.

Gläubiger bei Vertragsbeendigung, C. Die faktische Beherrschung einer GmbH, I. Grundlagen, II. Die Existenzvernichtungshaftung, 1. Gesellschaftshaftung aus § 826 BGB, a. Haftungsadressat, b. Kompensationsloser Eingriff in das Gesellschaftsvermögen, c. Insolvenzverursachung, d. Sittenwidrigkeit, e. Vorsatz, f. Schaden, g. Geltendmachung des Anspruchs, h. Konkurrenzen, i. Auslandsgesellschaften, III. Haftung im qualifizierten faktischen Konzern, 1. Der qualifizierte faktische Konzern, a. Voraussetzungen, b. Rechtsfolgen, 2. Verbleibende Anwendungsfälle der Konzernhaftung?, a. Der Minderheitenschutz als ungelöstes Problem, b. Haftung für „nur unvernünftige“ Maßnahmen, IV. Haftung im (einfachen) faktischen Konzern, 1. Die faktische Beherrschung einer AG als Ausgangspunkt, a. Voraussetzungen, b. Rechtsfolgen, 2. Analoge Anwendung auf die GmbH?, a. Mehrgliedrige GmbH, b. Ein-Personen-Gesellschaft, 4. Treuepflichtlösungen als Alternative, a. Beschlussanfechtung, b. Schadensersatz.

**Schlüsselwörter:** Gesellschaftsrecht; Äußerlicher Gebruch des Unternehmens; Verantwortlichkeit

## DIE GRUNDKONZEPTION DES KONZERNRECHTS

Die Grundkonzeption des (GmbH-)Konzernrechts wird am deutlichsten anhand des kombinierten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages iSv. § 291 Abs. 1 AktG: Eine GmbH unterstellt sich aufgrund Vertrages der Leitung eines anderen (§ 308 Abs. 1 AktG) und verpflichtet sich, ihren ganzen Gewinn an diesen abzuführen. Im Gegenzug hat dieser die Verluste der beherrschten GmbH auszugleichen (§ 302 AktG), den Minderheitsgesellschaftern einen angemessenen Ausgleich sowie den Erwerb ihrer Anteile gegen Abfindung anzubieten (§§ 304, 305 AktG) und den Gläubigern bei Vertragsbeendigung Sicherheit zu leisten (§ 303 AktG). Im Kern ist das Konzernrecht so die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der Unternehmensleitung mit gesellschaftsfremden Zielen.

### Der konzernrechtliche Unternehmensbegriff

Der „allgemeine Teil“ des Konzernrechts definiert in den §§ 15 ff. AktG rechtsformübergreifend die verschiedenen Stufen der Unternehmenskonzentration. Im Mittelpunkt steht stets der Begriff des Unternehmens. Unternehmen im Sinne des Konzernrechts kann jede in- oder ausländische juristische oder natürliche Person, Personenhandelsgesellschaft, Stiftung oder Verein sein, selbst der Staat<sup>1</sup>. Hieraus folgt, dass das deutsche Konzernrecht *rechtsformneutral* ist. Der hiernach weite Geltungsbereich erfährt jedoch eine wesentliche – ungeschriebene – Einschränkung. Unternehmen im konzernrechtlichen Sinn ist nur, wer eine *anderweitige unternehmerische Interessenbindung* hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er könne wegen dieser Bindung seinen aus der

<sup>1</sup> BGHZ 69, 334 = NJW 1978, 104 – Veba/Gelsenberg; BGH NJW 2008, 1583 – UMTS.

Mitgliedschaft fließenden Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft ausüben<sup>2</sup>. Die maßgebliche Beteiligung an einem einzigen Unternehmen („Privatgesellschafter“) begründet so keine Unternehmenseigenschaft im Sinnen des Konzernrechts<sup>3</sup>. Die rechtlich begründete oder faktische Beherrschung einer GmbH durch einen Mehrheitsgesellschafter ohne anderweitige wirtschaftliche Interessenbindung wird vielmehr anhand der allgemeinen Regeln, insbesondere der Treuepflicht, behandelt.

Die *Art* des unternehmerischen Interesses ist unbeachtlich, so dass insbesondere keine wettbewerbsrechtliche Konkurrenz bestehen muss. Problematisch ist jedoch die tatbestandliche Präzisierung der notwendigen *Interessenbindung* des herrschenden Unternehmens, insbesondere bei komplexen Strukturen unter Beteiligung von Nichtgesellschaftern. Hierbei bedarf es stets einer Analyse, inwieweit die als Unternehmen in Betracht kommende Person rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit hat, das anderweitige unternehmerische Interesse zu definieren und zu verwirklichen. Liegt eine eigene unternehmerische Tätigkeit vor, ist dies unproblematisch (Gesellschafter ist Einzelkaufmann, Unternehmer iSv. § 14 BGB oder Freiberufler). Handelt es sich um eine mittelbare, gemeinsam mit anderen im Personenverbund ausgeübte Tätigkeit, bedarf es einer *maßgeblichen Beteiligung* des Gesellschafters an der unternehmerischen Tätigkeit des (formal) anderen: Die im beherrschten Unternehmen als Unternehmen zu bezeichnende Person muss auf das andere Unternehmen bestimmenden Einfluss nehmen können. Dies kann sogar bei einer Minderheitsbeteiligung zu bejahen sein<sup>4</sup>.

### Gesellschaftsrechtlich begründete Abhängigkeit und Beherrschung

Das Konzernrecht ist die rechtliche Ausgestaltung eines gesellschaftsrechtlichen Unternehmensverbunds<sup>5</sup>. Mit Ausnahme der Unternehmensverträge, die nach zutreffender und überwiegender Meinung auch mit Dritten geschlossen werden können, knüpfen die in §§ 17 ff. AktG definierten Abhängigkeits- und Beherrschungstatbestände an eine gesellschaftsrechtliche Verbundenheit zwischen herrschendem und beherrschten Unternehmen an. Im Regelfall deckt sich das die faktische Beherrschung betreffende Konzernrecht so mit den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Problemen im Verhältnis eines Gesellschafters gegenüber „seiner“ GmbH und den Mitgesellschaftern. Dies hat zwei wesentliche *Konsequenzen*: Zum einen wird hieraus für die GmbH nach wie vor abgeleitet, dass für die aktienrechtlichen Regelungen über die faktische Beherrschung kein Bedarf bestehen, weil Treuepflichtlösungen Vorrang hätten. Zum anderen führt dieses

<sup>2</sup> Grundlegend BGHZ 69, 334 = NJW 1978, 104 – Veba/Gelsenberg.

<sup>3</sup> Spindler/Stilz/Schall AktG § 15 Rn 13, 16 f.

<sup>4</sup> BGHZ 148, 123, 125 = NJW 2001, 2973 – MLP.

<sup>5</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 10, 18.

Konzernrechtsverständnis dazu, die existentielle wirtschaftliche Abhängigkeit herauszunehmen. Dies betrifft insbesondere Austauschverträge mit Zulieferern, Franchiseverträge und langfristige Finanzierungen. Der hierüber vermittelte Einfluss und die hierüber vermittelte Abhängigkeit einer Gesellschaft sind nicht konzernrechtlich zu bewältigen.

## DIE UNTERNEHMENSVERTRAGLICHE BEHERRSCHUNG EINER GMBH

Ein Beherrschungsvertrag liegt gemäß § 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 AktG vor, wenn eine AG die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt. Es besteht mittlerweile Einigkeit, dass eine GmbH *beide* Parteirollen einnehmen kann, mithin als herrschende und beherrschte Gesellschaft<sup>6</sup>. In der Praxis kommt es meist zum *kombinierten* Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

### Grundlagen für die AG

Die wichtigste Wirkung eines Beherrschungsvertrages ist die Befugnis der herrschenden Gesellschaft gemäß § 308 AktG, der beherrschten Gesellschaft hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft *Weisungen* zu erteilen. Hierzu wird gemäß § 291 Abs. 3 AktG auch die Vermögensbindung bei der beherrschten Gesellschaft gelockert. Als Kompensation ist die herrschende Gesellschaft gemäß § 302 AktG zur Verlustübernahme verpflichtet und hat den Gläubigern bei Beendigung des Vertrages gemäß § 303 AktG Sicherheit zu leisten. Den außenstehenden Gesellschaftern der beherrschten Gesellschaft ist gemäß § 304 Abs. 1 S. 2 AktG ein angemessener Ausgleich zu gewähren. Zudem sind sie gemäß § 305 AktG zum Austritt gegen Abfindung berechtigt.

72

### Eingeschränkte Gesamtanalogie zum Aktienrecht?

Steht fest, dass eine GmbH Partei eines Beherrschungsvertrages sein kann, ist hiermit noch nicht gesagt, dass sich die rechtliche Begründung und Ausgestaltung der Beherrschung ohne weiteres aus einer Gesamtanalogie zu den §§ 291 ff. AktG folgt. Immerhin sind diese Regelungen nach dem Wortlaut und der Konzeption des Gesetzes auf die Beherrschung einer AG ausgerichtet („Konzernoffenheit der AG“). Es gibt daher nach wie vor beachtliche Stimmen, die einer Einzel- oder Gesamtanalogie zum Aktienkonzernrecht skeptisch gegenüber stehen und die unternehmensvertragliche Beherrschung einer GmbH vornehmlich mit den zwingenden und dispositiven Regelungen des GmbHG zu begründen versuchen<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Grundlegend BGHZ 105, 324, 332 – Supermarkt = NJW 1989, 295.

<sup>7</sup> Statt anderer *Bitter*, ZIP 2001, 265, 270 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 66; zumindest für die Ein-Personen-GmbH auch Roth/*Altmeyden* GmbHG Anh § 13 Rn 27 f.

Diese Skepsis vermag nicht zu überzeugen. Gegen die analoge Anwendung der §§ 291 ff. AktG spricht nicht, dass es bereits Ansätze gab, ein auf die Besonderheiten der GmbH zugeschnittenes Konzernrecht zu kodifizieren und diese vom Gesetzgeber nicht weiterverfolgt wurden. Der *BGH* hat in der Supermarkt-Entscheidung zu Recht ausgeführt, dass das Verhalten des Gesetzgebers als Auftrag an Rechtsprechung und Lehre zu deuten ist, die Grundsätze eines GmbH-Konzernrechts rechtsfortbildend zu entwickeln, gegebenenfalls in Analogie zu den §§ 291 ff. AktG<sup>8</sup>.

Auch der vielfach vorgebrachte Einwand, die analoge Heranziehung der §§ 291 ff. AktG für die Begründung einer konzernrechtlichen Beherrschung scheidet wegen der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter gemäß § 37 GmbHG und der weitgehenden Satzungsautonomie gemäß § 45 GmbHG aus, geht fehl. Für die wesentlichen Aspekte der unternehmensvertraglichen Beherrschung – Weisungsrecht, Ausrichtung auf das Konzerninteresse, Minderheiten- und Gläubigerschutz – findet sich in den §§ 291 AktG ff. ein geschlossenes und wohl abgewogenes Konzept. Dieses ist in sich stimmig und vor allem auch wegen der hiermit hervorgerufenen Rechtssicherheit den bei der GmbH an sich möglichen satzungsmäßigen Alternativlösungen überlegen. Dies erkennt der Gesetzgeber zumindest seit Neufassung von § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG im Jahr 2008 auch an. Der Verwirklichung des unterschiedlichen Leitbilds von GmbH und AG und hieraus resultierend der Beachtung der jeweiligen Realstruktur der GmbH sollte daher nicht dadurch Rechnung getragen werden, einer Analogie zu den §§ 291 ff. AktG skeptisch gegenüber zu stehen. Die aus dem Strukturunterschied zwischen AG und GmbH resultierenden Einzelprobleme des Gesellschafter- und Gläubigerschutzes sollten vielmehr an den jeweils hierfür maßgeblichen Stellen im System der §§ 291 ff. AktG Beachtung finden, vor allem bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Beherrschungsvertrag und beim Umfang des Weisungsrechts.

### Abschluss und Wirksamkeit eines Beherrschungsvertrages

Die Voraussetzungen für den wirksamen Abschluss eines Unternehmensvertrages regeln die § 293 ff. AktG für alle Vertragstypen weitgehend einheitlich. Dem Beherrschungsvertrag unter Beteiligung einer AG müssen gemäß § 293 Abs. 1 und 2 AktG sowohl die Hauptversammlung der herrschenden als auch der beherrschten Gesellschaft zustimmen. Die Frage der notwendigen Zustimmung der GmbH-Gesellschafter ist nach wie vor höchst umstritten. Nach Ansicht des *BGH* ist auf jeden Fall die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich, auch bei der vom anderen Vertragspartner zu 100 % beherrschten Ein-Personen-GmbH. Er hat indessen ausdrücklich offen gelassen, welche qualifizierte Mehrheit der

<sup>8</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 298 f. – Supermarkt.

Zustimmungsbeschluss bei der beherrschten Gesellschaft erforderlich ist<sup>9</sup>. Bei der nach wie vor kontrovers geführten Diskussion geht es somit allein um die Frage, ob die qualifizierte Mehrheit ausreichend ist<sup>10</sup> oder ob es weitergehend Einstimmigkeit<sup>11</sup> bedarf. Eng mit der Frage der notwendigen Gesellschaftermehrheit verbunden ist die Frage, auf wessen Stimmen es überhaupt ankommt. Diejenigen, die sich im Ergebnis für das Ausreichen einer qualifizierten Mehrheit aussprechen, bejahen meist einen *Stimmrechtsausschluss* des Gesellschafters gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG, der zugleich als herrschendes Unternehmen Partei des Beherrschungsvertrages ist<sup>12</sup>.

Wegen dieses Meinungsspektrums und dem Fehlen höchstrichterlicher Klärung ist für die deutsche Praxis nach wie vor die Ansicht maßgeblich, die im Ergebnis die Zustimmung aller außenstehenden Gesellschafter verlangt, mithin Einstimmigkeit derjenigen, die nicht zugleich Partei des Beherrschungsvertrages und damit befangen sind. Es bleibt jedoch zu hoffen, dass der *BGH* bald Gelegenheit hat, in Fortentwicklung seiner bisherigen Ansätze einen Gleichlauf mit der für die AG maßgebliche Regelung des § 293 Abs. 1 S. 1 AktG herzustellen. Die vorgebrachten Argumente, dass die Bildung eines Vertragskonzerns bei der GmbH höheren Anforderungen unterliegen müssten als bei der AG, vermögen kein vollständig abweichendes Konzept zu rechtfertigen. Der Aspekt der Zweckänderung gemäß § 33 Abs. 1 S. 2 BGB gilt bei der AG gleichermaßen. Indem der Gesetzgeber dort eine Ausnahme von der Einstimmigkeit zulässt, schafft er ein wirtschaftlich wünschenswertes Konzernprivileg, welches auch bei der GmbH Geltung beansprucht. Eine Vermehrung der Leistungspflichten iSv. § 53 Abs. 3 GmbHG scheidet bei der Eingehung einer unternehmensvertraglichen Beherrschung ebenfalls aus. Auch das vielfach vorgebrachte „Recht“ eines Gesellschafters, die rechtliche und wirtschaftliche Struktur seiner Gesellschaft nicht zu verlieren, genießt wegen der *Desinvestitions- und Umwandlungsfreiheit* der qualifizierten Mehrheit keinen absoluten Schutz (vergleiche § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, §§ 50 Abs. 1, 240 UmwG). Letztlich sollte daher § 293 Abs. 1 S. 1 AktG analog auch bei der GmbH Anwendung finden und dem unbestreitbar wichtigen Minderheitenschutz auf andere Weise Geltung verschafft werden als durch das Erfordernis der Zustimmung. Dass diese Wege effektiv sind, verdeutlicht die bei der GmbH stark ausgeprägte Treuepflichtbindung der Mehrheit. Zudem besteht die Möglichkeit, die im Aktienkonzernrecht

74

<sup>9</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295 – Supermarkt.

<sup>10</sup> Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh § 13 Rn 52; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner GmbHG Anh nach § 52 Rn 55.

<sup>11</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 55; Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 40; Emmerich/Habersack AktG § 293 Rn 43 a.

<sup>12</sup> Vergleiche Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 40; Abweichend wohl BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 297 – Supermarkt.

vorhandenen Regelungen des konzernrechtlichen Minderheitenschutzes auf die GmbH zu übertragen<sup>13</sup>.

### Das Weisungsrecht der herrschenden Gesellschaft

Als zentrale Folge des Beherrschungsvertrages ist das herrschende Unternehmen gemäß § 308 AktG berechtigt, der GmbH (auch nachteilige) Weisungen zu erteilen. Der Beherrschungsvertrag überlagert so die *Geschäftsführungskompetenz* der Gesellschafterversammlung in der abhängigen GmbH<sup>14</sup>. Ihre sonstigen zwingenden Kompetenzen werden vom Weisungsrecht nicht erfasst<sup>15</sup>. Dies betrifft insbesondere Satzungsänderungen<sup>16</sup>, Maßnahmen nach UmwG, den Abschluss weiterer Unternehmensverträge, die Änderung oder Beendigung des Unternehmensvertrags (vergleiche § 299 AktG) und die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern<sup>17</sup>.

### *Umfang des Weisungsrechts, nachteilige Weisungen*

Aus §§ 308 Abs. 2 S. 2, 309 Abs. 1 AktG folgt, dass jede für die abhängige GmbH nachteilige Weisung der Verfolgung des *Konzerninteresses* dienen muss<sup>18</sup>. Ist dies nicht der Fall, machen sich das herrschende Unternehmen (§ 309 AktG), deren Leitungsorgan (§ 310 AktG) und gemäß § 308 Abs. 2 S. 2 AktG auch die Geschäftsführer gegenüber der abhängigen GmbH schadensersatzpflichtig. Der *Begriff* des Konzerninteresses ist als sprachliche Abkürzung des in § 308 Abs. 2 S. 2 AktG zum Ausdruck kommenden Grundkonzepts des Beherrschungsvertrags zu verstehen: Er begründet einen Austausch von Zweckbindungen beim Personenverband. Während die Gesellschaftsorgane bei der unverbundenen GmbH ihr Verhalten auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks auszurichten haben, wird diese Zweckbindung beim Beherrschungsvertrag zu Gunsten des Gesellschaftszwecks des herrschenden Unternehmens bzw. des eines mit diesem konzernverbundenen anderen Unternehmens aufgegeben. Konkret bedeutet dies, dass eine für die abhängige GmbH *nachteilige Weisung* soweit zulässig ist, als sie mittelbar zu Gunsten des herrschenden Unternehmens oder seiner übrigen Tochtergesellschaften wirkt (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG analog).

Sofern das Konzerninteresse gewahrt ist, können die nachteiligen Weisungen seit dem MoMiG aus dem Jahr 2008 gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG auch

<sup>13</sup> Einzelheiten bei Michalski/Servatius, GmbHG, Syst. Darst. 4.

<sup>14</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 296 – Supermarkt.

<sup>15</sup> OLG Stuttgart NZG 1998, 601, 602.

<sup>16</sup> Vergleiche OLG Nürnberg AG 2000, 228, 229; OLG Düsseldorf DB 1990, 1384, 1397.

<sup>17</sup> Roth/Altmeyen GmbHG Anh § 13 Rn 50.

<sup>18</sup> BGHZ 105, 324, 332 = NJW 1989, 295, 296 – Supermarkt.

als Leistungen *causa societatis zu Lasten des Stammkapitals* gehen<sup>19</sup>. Dies ist zu begrüßen. Bereits nach früherem Recht begründete es einen Wertungswiderspruch, dass die Kapitalbindung im GmbH-Vertragskonzern strenger ausgestaltet sein sollte als bei der AG. Die gemäß § 308 Abs. 1 AktG legitime Verfolgung eines höherrangigen Konzerninteresses würde erheblich eingeschränkt, wenn Konzernverrechnungspreise, Konzernumlagen und vor allem ein zentrales Cash Pooling unterhalb der Schwelle des § 30 Abs. 1 GmbHG ausgeschlossen wären. Nimmt man das in §§ 291 Abs. 3, 302 AktG niedergelegte gesetzliche Konzept der Verlustübernahme anstelle der Kapitalbindung bei der AG ernst, spricht nichts dagegen, dies auch auf die GmbH zu übertragen. § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist daher konsequent.

## 2. Grenzen des Weisungsrechts

Das Weisungsrecht gemäß § 308 Abs. 1 AktG analog steht wie die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gemäß § 37 Abs. 1 Alt. 2 GmbHG unter dem Vorbehalt des zwingenden Rechts. Eine Weisung, die den Geschäftsführer zum Beispiel entgegen § 15 a InsO zur Insolvenzverschleppung verpflichtet oder zur Leistungen von Zahlungen entgegen § 64 S. 1 GmbHG, ist daher gemäß § 134 BGB nichtig. Das selbe gilt für die zwingenden bilanzrechtlichen Normen (§§ 246 ff., 252 ff., 279 ff. HGB) und die Regelungen des StGB, UWG, GWB, EstG, KStG.

## 76

### Verbot der Insolvenzvernichtung

Indem eine Weisung nachteilig sein kann, ist konsequenterweise auch zu fragen, ob das gesetzlich bereitstehende Schutzsystem zu Gunsten der Gläubiger und außenstehenden Gesellschafter beim Vertragskonzern ausreichend ist oder ob Schutzlücken bestehen, insbesondere im Fall der Beendigung des Beherrschungsvertrages. Im Kern geht es darum, zu verhindern, dass eine GmbH aufgrund vertraglicher Beherrschung auf Kosten der Minderheit oder der Gläubiger geplündert wird. Nach herrschender Meinung sind existenzgefährdende Weisungen selbst dann unzulässig, wenn sie im Konzerninteresse liegen<sup>20</sup>. Das Gesetz gehe davon aus, dass die beherrschte Gesellschaft während der Dauer des Vertrages existent bleibe, mithin nicht in die Insolvenz geführt werde. Die Ausübung des Weisungsrechts stehe somit unter dem Vorbehalt, dass die aktuelle Lebensfähigkeit der beherrschten Gesellschaft nicht gefährdet bzw. sogar vernichtet wird<sup>21</sup>. Dem ist im Hinblick auf die *Existenzvernichtung* uneingeschränkt zuzustimmen. Führt

<sup>19</sup> Abweichend die herrschende Meinung vor Inkrafttreten des MoMiG, vergleiche *Emmerich/Habersack AktG* § 308 Rn 59.

<sup>20</sup> OLG Düsseldorf AG 1990, 490, 492.

<sup>21</sup> *Emmerich/Habersack AktG* § 308 Rn 61 ff.; zumindest bei drohender Illiquidität *MünchKommAktG/Altmeyen* § 308 Rn 119; abweichend *Koppensteiner* AG 1995, 96.

die Einflussnahme der herrschenden Gesellschaft die Insolvenz unmittelbar bzw. in vorhersehbarer Weise herbei, ist sie unzulässig und darf von den Geschäftsführern nicht umgesetzt werden. Diese Begrenzung der Leitungsmacht folgt beim Vorhandensein außenstehender Gesellschafter scheinbar daraus, dass sich das Weisungsrecht nur auf die Geschäftsführungskompetenz der Gesellschafterversammlung bezieht und nicht auf deren Kompetenz, über den Fortbestand der GmbH zu befinden. Bereits bei der Ein-Personen-Gesellschaft greift dieser Begründungsansatz jedoch zu kurz. Will man hier ein Verbot existenzvernichtender Weisungen begründen, kann dies nur mit einem Versagen von § 302 AktG gerechtfertigt werden. Insgesamt sprechen daher die besseren Argumente, den Minderheiten- und Gläubigerschutz durch ein Verbot existenzvernichtender Weisungen einheitlich zu begründen. Das Vorliegen einer rechtswidrigen Weisung ist hiernach nur dann zu bejahen, wenn eine Verlustübernahme der herrschenden Gesellschaft aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ausscheidet<sup>22</sup>. In der Praxis dürfte dies die Ausnahme sein. Wird eine existenzvernichtende Weisung dennoch befolgt, bestimmt sich die Haftung der Geschäftsleiter nach §§ 309, 310 AktG, § 43 GmbHG. Das herrschende Unternehmen haftet wegen Existenzvernichtung gemäß § 826 BGB<sup>23</sup>.

### Insolvenzverursachungshaftung der Geschäftsführer

Die bisher diskutierten Grenzen vertraglicher Beherrschung werden seit dem MoMiG von der Insolvenzverursachungshaftung gemäß § 64 S. 3 GmbHG überlagert. Ist das herrschende Unternehmen wie im Regelfall zugleich Gesellschafter der abhängigen GmbH, dürfen hiernach keine Zahlungen geleistet werden, wenn diese zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen. Diese Regelung erweitert die gesetzliche Kapitalbindung über die Grenzen von § 30 Abs. 1 GmbHG hinaus und gilt konsequenterweise auch beim Beherrschungsvertrag. Die oben genannten Probleme der Sicherung der Lebens- und Überlebensfähigkeit einer vertraglich beherrschten GmbH werden sich daher künftig weniger auf den Aspekt der Existenzvernichtung konzentrieren, sondern auf die in § 64 S. 3 GmbHG umschriebene Insolvenzverursachung. Haftungsadressat ist hiernach zwar nur der Geschäftsführer. Bereits bei der unverbundenen GmbH spricht jedoch Vieles dafür, § 64 S. 3 GmbHG zur tatbestandlichen Präzisierung der Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter gemäß § 826 BGB heranzuziehen. Im Vertragskonzern muss konsequenterweise der Wertung des § 64 S. 3 GmbHG im Rahmen von §§ 309, 310 AktG analog Geltung verschafft werden.

77

<sup>22</sup> So auch MünchKommAktG/Altmeppen AktG § 308 Rn 120; Emmerich/Habersack AktG § 308 Rn 62.

<sup>23</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

## Folgepflicht der Geschäftsführer

Nach § 308 Abs. 2 S. 2 AktG analog ist der Geschäftsführer nicht berechtigt, die Befolgung einer Weisung zu verweigern, weil sie nach seiner Ansicht nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dient, es sei denn, dass sie offensichtlich nicht diesen Belangen dient. Diese Regelung statuiert eine *gestufte Prüfungspflicht*: Der Geschäftsführer hat bei jeder Weisung zum einen zu prüfen, ob sie die gesetzlichen und vertraglichen *Grenzen* des Weisungsrechts einhält. Ist dies nicht der Fall, hat er die Befolgung zu verweigern, weil er sich ansonsten gemäß § 310 Abs. 1 AktG analog gegenüber der abhängigen GmbH schadensersatzpflichtig macht<sup>24</sup>. Erfolgt die Weisung innerhalb dieser Grenzen, kommt es weiterhin darauf an, ob die Weisung *nachteilig* ist oder nicht. Dies bestimmt sich danach, ob ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer wirtschaftlich selbstständigen (!) GmbH die Maßnahme ergriffen oder als dem Gesellschaftsinteresse nicht dienlich unterlassen hätte<sup>25</sup>. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist oder nicht, gilt entsprechend § 93 Abs. 2 S. 2 AktG die Business Judgement Rule. Ist die Weisung hiernach nicht nachteilig, darf und muss der Geschäftsführer sie befolgen. Er macht sich gegenüber der GmbH nicht schadensersatzpflichtig (§ 310 Abs. 3 AktG analog). Ist die Weisung hingegen hiernach nachteilig, hängt die Folgepflicht gemäß § 308 Abs. 2 AktG analog davon ab, ob sie *offensichtlich* nicht im Konzerninteresse liegt. Das Gesetz weist hiernach die Beurteilungskompetenz, ob eine Maßnahme unternehmerisch sinnvoll ist oder nicht, dem herrschenden Unternehmen zu<sup>26</sup>. Nur wenn sich dem Geschäftsführer ohne weitere Nachforschungen aufdrängt, dass die Maßnahme nicht dem Konzerninteresse dient, sondern zum Beispiel bei verdeckten Gewinnausschüttungen dem Individualinteresse eines Gesellschafters der Obergesellschaft, hat er die Befolgung zu verweigern<sup>27</sup>.

78

## Die Verlustübernahmepflicht der herrschenden Gesellschaft

Den wichtigsten Schutz der abhängigen Gesellschaft und ihrer Gläubiger gewährt § 302 AktG, indem die herrschende Gesellschaft der beherrschten Gesellschaft jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat. Diese Regelung gilt bei der GmbH analog<sup>28</sup>. Sie gewährleistet zumindest bilanziell keine Verschlechterung des Vermögenszustands der beherrschten GmbH.

<sup>24</sup> Emmerich/Habersack AktG § 308 Rn 66.

<sup>25</sup> Hüffer AktG § 308 Rn 15.

<sup>26</sup> Hüffer AktG § 308 Rn 21.

<sup>27</sup> MünchKommAktG/Altmeyden AktG § 308 Rn 143: Evidenzkontrolle.

<sup>28</sup> BGHZ 1, 9 = NJW 1988, 1326 – Familienheim; BGH NJW 2002, 822, 823; OLG Jena NZG 2005, 716.

## Sicherungsanspruch der Gläubiger bei Vertragsbeendigung

§ 303 AktG gewährt den Gläubigern der beherrschten Gesellschaft bei Beendigung des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages einen Anspruch gegen das herrschende Unternehmen auf Sicherheitsleistung für ihre Ansprüche gegen die beherrschte GmbH. Die Gläubiger müssen sich innerhalb von *sechs Monaten* seit Bekanntmachung der Beendigung des Unternehmensvertrages beim herrschenden Unternehmen melden. Hierauf ist gemäß § 303 Abs. 2 S. 2 AktG analog in der Bekanntmachung hinzuweisen. Die Ausschlussfrist läuft unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers<sup>29</sup>.

## DIE FAKTISCHE BEHERRSCHUNG EINER GMBH

Die vorstehend skizzierte unternehmensvertraglich begründete Beherrschung stellt den gesetzgeberischen Idealfall dar, eine GmbH zu unternehmerischen, aber gesellschaftsfremden Zwecken dienstbar zu machen. In der Praxis wird dieses Regelungsmodell gut angenommen. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass es mindestens ebenso verbreitet ist, den Fremdeinfluss anderweitig zu verwirklichen, mithin faktisch. Die Gründe hierfür sind vielfältig: Einmal kann es den Beteiligten darum gehen, die recht komplizierten Voraussetzungen von Unternehmensverträgen zu umgehen. Möglich ist aber auch, dass sich den Beteiligten der Konzernsachverhalt überhaupt nicht erschließt und sie sich deswegen völlig bedenkenlos über das Modell des Vertragskonzerns hinwegsetzen. Spätestens dann, wenn außenstehende Gesellschafter eine Benachteiligung fürchten oder wenn die GmbH in der Krise ist, stellt sich jedoch die Frage, wie mit derartigen faktischen Konzernsachverhalten rechtlich umzugehen ist.

79

## Grundlagen

Bei der nicht-unternehmensvertraglich begründeten Beherrschung einer GmbH geht es im Kern ebenfalls um die Gewährleistung von Gesellschafter- und Gläubigerschutz. Dies kann bei den verschiedenen Arten einer faktischen Beherrschung auch rechtlich auf grundlegend unterschiedliche Weise verwirklicht werden. Es ist zum einen danach zu differenzieren, ob es sich um eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Beherrschung handelt oder eine rein tatsächliche, die auch von Nichtgesellschaftern ausgehen kann. Nach der noch herrschenden Konzeption der §§ 15 ff. AktG und §§ 311 ff. AktG kommt es auf die *gesellschaftsrechtlich* vermittelte Einflussnahme an. Der tatsächliche Fremdeinfluss Dritter ist daher rechtlich mit anderen als spezifisch konzernrechtlichen Schutzinstrumenten zu erfassen.

<sup>29</sup> Vergleiche BGHZ 16, 37 = NJW 1992, 505, 506 f. – Stromlieferung.

Ein weitergehendes Differenzierungskriterium ist zumindest nach dem klassischen Verständnis des Konzernrechts das Ziel der Einflussnahme. Dient sie der Verfolgung von unternehmerischen Interessen iSv. §§ 15 ff. AktG, sind die §§ 311 ff. AktG der gesetzlich vorgesehene Rahmen für die Verwirklichung von Gesellschafter- und Gläubigerschutz, gegebenenfalls ergänzt um das rechtsfortbildend entwickelte Schutzsystem des sog qualifizierten faktischen Konzerns. Erfolgt die Einflussnahme hingegen zur Verfolgung nicht-unternehmerischer Interessen, wie sie auch ein Privatgesellschafter oder sonstiger Dritter haben kann, besteht nicht ohne weiteres Raum, auf konzernrechtliche Schutzinstrumente zurückzugreifen. Die rechtliche Bewältigung der hierbei auftretenden Probleme erfolgt vielmehr unter Rückgriff auf die mitgliedschaftliche Treuepflicht des Gesellschafters und nunmehr vor allem unter dem Aspekt der nicht mehr auf Konzernsachverhalte beschränkten Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB.

80

Ein vollständiges und vor allem geschlossenes Konzept, in welcher Konstellation welches Haftungsregime Geltung beansprucht, wurde bisher noch nicht entwickelt und ist durch die sich jüngst abzeichnende Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung durch den *BGH* als Delikt keineswegs einfacher geworden. Dennoch folgen hieraus Konsequenzen für die rechtliche Erfassung der faktischen Beherrschung einer GmbH. Indem der *BGH* in § 826 BGB die adäquate Grundlage zur haftungsrechtlichen Bewältigung von Einflussnahme außerhalb einer beherrschungsvertraglichen Bindung sieht, ist hierauf dogmatisch und praktisch besonderes Augenmerk zu legen. Den sonstigen Tatbeständen kommt hiernach zumindest faktisch nur noch eine Ergänzungsfunktion zu. Eine Bewährungsprobe für dieses Konzept stellt indessen die neu eingeführte Geschäftsführerhaftung wegen Insolvenzerursachung gemäß § 64 S. 3 GmbHG dar. Diese könnte wegen ihrer verhaltenssteuernden Wirkung eine allzu ausufernde Gesellschafterhaftung gemäß § 826 BGB eindämmen. Der konzernrechtliche Minderheitenschutz ist auch weiterhin allein über treuepflichtgestützte Lösungen zu verwirklichen.

## Die Existenzvernichtungshaftung

Die Begriffe Existenzgefährdung und Existenzvernichtung sind vor allem seit den Entscheidungen des *BGH* in Sachen *Bremer Vulkan*<sup>30</sup> und *KBV*<sup>31</sup> dogmatischer Anknüpfungspunkt für die rechtsfortbildend entwickelte zivilrechtliche Gesellschafterhaftung<sup>32</sup>. Im Zuge dieser Entscheidungen wurde das bis dahin maßgebliche Haftungsmodell für den qualifizierten faktischen Konzern<sup>33</sup> aufgegeben und

<sup>30</sup> NZG 2002, 38.

<sup>31</sup> NJW 2002, 3024.

<sup>32</sup> Zuvor bereits aus strafrechtlicher Sicht *BGH* NJW 2000, 154.

<sup>33</sup> Zuletzt *BGH* NJW 1993, 1200 – TBB.

durch eine Durchgriffshaftung ersetzt. Dieses Konzept wiederum modifizierte der BGH im Jahr 2007, indem er sich für eine auf § 826 BGB gestützte Existenzvernichtungshaftung als Innenhaftung der Gesellschafter aussprach<sup>34</sup> und in der Folgezeit stetig ausbaute<sup>35</sup>. Es ist daher die heute vorherrschende Grundlage für die rechtliche Erfassung der früher als (qualifizierte) faktische Beherrschung einer GmbH erörterten Fälle. Wegen des ungeklärten Verhältnisses zwischen § 826 BGB und der früher maßgeblichen Haftung aus faktischer und qualifiziert faktischer Beherrschung einer GmbH besteht jedoch nach wie vor Anlass, diese Instrumente in die dogmatischen und praktischen Überlegungen mit einzubeziehen.

### *Gesellschafterhaftung aus § 826 BGB*

Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts<sup>36</sup>. Ein Gesellschafter haftet statt dessen gegenüber der Gesellschaft auf Schadensersatz aus § 826 BGB für „missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen“<sup>37</sup>. Für diese, vom BGH mittels „richterrechtlichen Gestaltungsakts“ entwickelte Haftung gilt nunmehr Folgendes:

Haftungsadressat

81

Die Existenzvernichtungshaftung richtet sich als Sonderdelikt allein an die *Gesellschafter*<sup>38</sup>. Sieht man die materiell-rechtliche Grundlage in der besonderen Zweckgebundenheit des Gesellschaftsvermögens<sup>39</sup>, ist dem zuzustimmen, denn die hieraus resultierenden Verhaltensanforderung können allein die Gesellschafter erfüllen. Bei einer mehrgliedrigen GmbH hängt die Haftung des Einzelnen davon ab, ob er an dem existenzvernichtenden Eingriff mitgewirkt hat oder nicht. Man wird zudem annehmen müssen, dass die Existenzvernichtungshaftung bei der mehrgliedrigen GmbH auch durch *Unterlassen* begangen werden kann, wenn ein Mitgesellschafter die schädliche Handlung eines anderen nicht verhindert, obwohl er dies könnte<sup>40</sup>. Besonders problematisch ist insofern jedoch, ob auch

<sup>34</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>35</sup> Vergleiche BGH NZI 2008, 196; NZI 2008, 238; DSfR 2008, 1293.

<sup>36</sup> BGH NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>37</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>38</sup> BGH NJW 2002, 1803.

<sup>39</sup> So der BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel; vergleiche auch Grigoleit, *Gesellschafterhaftung*, 2006, S. 289 ff.

<sup>40</sup> Zurückhaltend Baumbach/Hueck/*Fastrich GmbHG* § 13 Rn 19.

Vorsatz gegeben ist. Erfolgen die Eingriffe über einen Zeitraum, innerhalb dessen der Haftungsadressat die Gesellschafterstellung nur zeitweilig förmlich innehat bzw. verliert, kann er auch als faktischer Gesellschafter haften, wenn er die Geschicke der GmbH auf andere Weise maßgeblich bestimmt<sup>41</sup>.

Der Geschäftsführer kann wie sonstige Dritte (Banken, Berater) als Teilnehmer gemäß § 830 Abs. 2 BGB haften. Praktisch relevant, weil leichter beweisbar, wird jedoch regelmäßig die sich mit der Existenzvernichtungshaftung weitgehend überschneidende Haftung aus § 64 S. 3 GmbHG sein. Ist der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer, haftet er wegen des existenzvernichtenden Eingriffs auch nach § 43 Abs. 2 GmbHG<sup>42</sup>. Eine konzernrechtlich begründete Abhängigkeit iSv. § 17 AktG ist nicht erforderlich. Die Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB hat sich so in Abkehr von der KBV-Entscheidung<sup>43</sup> nunmehr vollständig von der früheren Konzernhaftung im qualifizierten faktischen Konzern emanzipiert und sanktioniert auch außerhalb von Konzern- und Abhängigkeitslagen allgemein den Missbrauch der Rechtsform GmbH.

#### Kompensationsloser Eingriff in das Gesellschaftsvermögen

82 Das zentrale Tatbestandsmerkmal ist der einem Gesellschafter zurechenbare kompensationslose Eingriff in das Gesellschaftsvermögen<sup>44</sup>. Hierdurch wird deutlich, dass der Existenzvernichtungshaftung eine *Ergänzungsfunktion* zur gesetzlichen Kapitalbindung zukommt<sup>45</sup>. Die Schadensersatzhaftung aus § 826 BGB ist gegenüber der Rückerstattung gemäß §§ 30, 31 GmbHG zwar nicht subsidiär<sup>46</sup>. Sie zielt jedoch – in Bezug auf das gesamte Gesellschaftsvermögen! – letztlich auf dieselben Entnahmen *causa societatis*, die einem Drittvergleich nicht standhalten und damit die Risikoerwartung des Geschäftsverkehrs stören<sup>47</sup>. Letztlich geht es bei der Existenzvernichtung daher um die schadensrechtlich Effektivierung einer über die Stammkapitalbindung hinausgehenden Entnahmesperre, mithin um den Schutz vor Ausplünderung und Selbstbedienung auf Kosten der Gläubiger. Diese Aspekte sind maßgeblich, um das für § 826 BGB erforderliche Verdikt der Sittenwidrigkeit überzeugend begründen zu können.

Auf welche Weise der *Eingriff* in das Gesellschaftervermögen erfolgt, ist grds unbeachtlich. Es besteht kein *numerus clausus*. Ein Vorenthalten von Vermögen

<sup>41</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>42</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>43</sup> BGH NJW 2002, 3024.

<sup>44</sup> „Gezielter, betriebsfremden Zielen dienender Entzug von Vermögenswerten“, BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 671 – Trihotel.

<sup>45</sup> Grundlegend Röhrich, FS 50 Jahre BGH, Bd I, S. 83, 92 ff.; so bereits BGH NJW 2002, 3124 – KBV.

<sup>46</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>47</sup> Hierzu Servatius, DStR 2004, 1176, 1179 ff.

(materielle Unterkapitalisierung, „Aschenputtel-Konstruktion“) genügt hingegen nicht<sup>48</sup>. Auch bloße Managementfehler, die die Gesellschaft in die Insolvenz führen, sind für sich genommen nicht ausreichend<sup>49</sup>. *Potentiell schädlich* sind jedoch der Entzug von Liquidität beim Cash Pooling<sup>50</sup>; die Tilgung privater Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen<sup>51</sup>; die Vereinnahmung von Forderungen durch den Gesellschafter<sup>52</sup>, nicht jedoch, wenn hiermit sogleich wieder Gesellschaftsverbindlichkeiten getilgt werden<sup>53</sup>; die Bestellung von Sicherheiten für Gesellschafter oder andere konzernangehörige Unternehmen<sup>54</sup>; die Verlagerung von Warenbestand und Forderungen<sup>55</sup>; Verlagerung von Arbeitskräften und Kundenstamm<sup>56</sup>; die Verlagerung von Klinikpersonal, Patienten und medizinischer Infrastruktur<sup>57</sup>; die Verlagerung von Vertriebssystemen<sup>58</sup>; die Ausnutzung von Geschäftschancen<sup>59</sup>; die Beeinträchtigung laufender Verträge durch vorzeitige Kündigung und Überleitung auf Gesellschafter<sup>60</sup>.

Der Eingriff muss *kompensationslos* erfolgt sein. Der Sache nach scheint es dem *BGH* darum zu gehen, solche Gestaltungen als unschädlich anzusehen, bei denen der Gesellschaft ein entsprechender Gegenwert zufließt<sup>61</sup>. Insofern würde dem Tatbestandsmerkmal dieselbe Bedeutung zukommen wie bei der Ermittlung einer verbotenen Auszahlung im Rahmen von § 30 Abs. 1 GmbHG, mithin eine vollwertige Gegenleistung den Eingriff legitimieren<sup>62</sup>. Dem ist nicht zuzustimmen. Das Merkmal „kompensationslos“ hat allein insofern eine Bedeutung, als der Vermögensentzug im Hinblick auf die Ertragskraft der GmbH als Grundlage für die Insolvenzwahrscheinlichkeit adäquat kompensiert wird. Probleme bei der gerichtlichen *Ex-post*-Überprüfung kann durch die Anwendung der Business Judgement Rule vermieden werden<sup>63</sup>. Bei der Existenzvernichtungshaftung geht es anders als bei §§ 30, 31 GmbHG nicht um einen situativen Schutz des Gesell-

<sup>48</sup> *BGH* DStR 2008, 1293.

<sup>49</sup> *BGH* NZG 2005, 214.

<sup>50</sup> *BGH* NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>51</sup> *BGH* NJW 2002, 1803 – L-Kosmetik.

<sup>52</sup> *BGH* NZI 2008, 196.

<sup>53</sup> *BGH*, BeckRS. 2008 13176.

<sup>54</sup> *BGH* NJW 1993, 1200 – TBB; *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>55</sup> *BGH* NJW 2002, 3024 – KBV.

<sup>56</sup> *BGH* NZG 2005, 177 – BMW-Vertragshändler.

<sup>57</sup> *BGH* NZG 2004, 1107 – Rheumaklinik.

<sup>58</sup> *BGH* DStR 2005, 340 – Handelsvertreter.

<sup>59</sup> *BGH* NZG 2005, 214, 215.

<sup>60</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel (für Pachtvertrag).

<sup>61</sup> So *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

<sup>62</sup> Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 30 Rn 20.

<sup>63</sup> Insoweit zutreffend *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1685.

schaftsvermögens vor Zugriffen der Gesellschafter. Haftungsrelevant ist eine als missbräuchlich anzusehende „Weichenstellung ins Aus“<sup>64</sup> bzw. „kalte Liquidation“. Dies kann, insbesondere beim Entzug lebenswichtiger Patente oder Betriebsmittel, auch dann in vorhersehbarer Weise die Insolvenz herbeiführen, wenn im Zeitpunkt des Eingriffs eine adäquate Gegenleistung an die Gesellschaft floss. Man denke nur daran, dass die GmbH infolge des Eingriffs ihre Ertragskraft einbüßt und so die notwendigen Betriebsausgaben, insbesondere Personalkosten, den Gegenwert aufzehren<sup>65</sup>. Erforderlich ist daher eine umfassende, auch die Sekundärfolgen miteinbeziehende wirtschaftliche Bewertung des Zugriffs auf den Haftungsfonds<sup>66</sup>.

#### Insolvenzverursachung

Die Existenzvernichtungshaftung entsteht nur, wenn die GmbH insolvent wird. Der kompensationslose Eingriff in das Gesellschaftsvermögen muss hierfür entweder allein *kausal* sein oder aber die Schmälerung der Deckungsquote vertieft haben<sup>67</sup>. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist jedoch nicht notwendig, so dass der Anspruch in der masselosen Insolvenz auch von einem Gesellschaftsgläubiger geltend gemäÙacht werden kann. Die *Beweislast* für den Kausalzusammenhang trägt die GmbH, im Insolvenzverfahren somit der Verwalter<sup>68</sup>. Dies ist eine entscheidende Schwäche der Schadensersatzhaftung, zumal den Gesellschaftern der Einwand des gebotenen Alternativverhaltens offen steht<sup>69</sup>.

84

#### Sittenwidrigkeit

Die zentrale dogmatische Schwäche der neuen Existenzvernichtungshaftung ist die Notwendigkeit, ein bestimmtes Gesellschafterverhalten als sittenwidrig einzustufen. Präzise Vorgaben jenseits der allgemeinen Formel des VerstoÙes gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden sind nicht möglich. Dies begründet einmal Rechtsunsicherheit, zum anderen jedoch auch Flexibilität bei der richterlichen Rechtsfortbildung. Nach der Formel des *BGH* begründet der planmäßige Entzug von Gesellschaftsvermögen im Sinne der Verringerung der Zugriffsmasse zu Lasten der Gläubiger und zum eigenen Vorteil des Gesellschafters die Sittenwidrigkeit<sup>70</sup>. Erforderlich ist eine Gesamtschau des Gesellschafterverhaltens im Vorfeld der Insolvenz. Mögliche Aspekte, die Sittenwidrigkeit nach

<sup>64</sup> Zutreffend Baumbach/Hueck/*Fastrich* GmbHG § 13 Rn 19.

<sup>65</sup> So wohl der Fall *BGH* BJW 2002, 3024 – KBV.

<sup>66</sup> *Jacob*, GmbHR 2007, 796, 800.

<sup>67</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel; *BGH* NZI 2008, 238.

<sup>68</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>69</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667 – Trihotel.

<sup>70</sup> *BGHZ* 173, 246 = NZG 2007, 667, 669 – Trihotel.

der Formel zu begründen, sind die auch vom *BGH* mehrfach erwähnten Begriffe wie „Selbstbedienung“, „Ausplünderung“, „kalte Liquidation“, bereits bestehende Überschuldung<sup>71</sup>. Auch die Planmäßigkeit des Handelns und systematisches Vorgehen sind starke Indizien. Insgesamt betrachtet ist für die Bejahung der Sittenwidrigkeit jedoch der historischen Konzeption von § 826 BGB entsprechend sehr große Zurückhaltung geboten. Der Existenzvernichtungshaftung sollte nur eine Ergänzungsfunktion zukommen, soweit sachnäher begründete gesellschaftsrechtliche Tatbestände nicht ausreichen<sup>72</sup>.

### Vorsatz

Fahrlässigkeit genügt nicht<sup>73</sup>. Dem handelnden Gesellschafter muss *bewusst* sein, dass durch von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung veranlasste Maßnahmen das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird; ausreichend ist, dass ihm die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen; ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht erforderlich<sup>74</sup>. *Eventualdolus* genügt und ist zu bejahen, wenn die Insolvenz die voraussehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter diese Rechtsfolge in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat<sup>75</sup>. *Beweiserleichterungen* sind derzeit vom *BGH* noch nicht vorgesehen<sup>76</sup> und sollten wegen des Ausnahmeharakters von § 826 BGB auch nicht etabliert werden.

85

### Schaden

Ersatzfähig ist ein adäquat-kausaler Schaden der GmbH. Aus der Insolvenzbezogenheit der Haftung folgt, dass die Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens letztlich nur Bezugspunkt für die missbilligte Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen ist. Im Mittelpunkt der schadensrechtlichen Bewältigung mittels Differenzhypothese steht daher ein Vergleich, wie die Befriedigungschancen der Gläubiger gewesen wären, wenn der kompensationslose Eingriff nicht erfolgt wäre<sup>77</sup>. Hieraus resultiert eine doppelte Obergrenze: Zum einen sind nur die infolge des Eingriffs eintretenden Einbußen zu ersetzen, mithin nicht jedweder Gläubigerausfall<sup>78</sup>. Zum anderen ist nur dies ein ersatzfähiger Schaden der Gesellschaft, als es um die Be-

<sup>71</sup> Vergleiche *BGH* NZI 2008, 238 – GAMMA.

<sup>72</sup> Vergleiche *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants 2008, § 4.

<sup>73</sup> Kritisch *Schwab*, ZIP 2008, 341, 343 f.

<sup>74</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667, 671 – Trihotel.

<sup>75</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667 – Trihotel.

<sup>76</sup> Weitergehend *Altmeyen*, NJW 2007, 2657, 2660.

<sup>77</sup> *BGHZ* 173, 246 = *NZG* 2007, 667, 671 – Trihotel: „Eingriffsausgleich“.

<sup>78</sup> *Schanze*, *NZG* 2007, 681, 684.

friedigung der Insolvenzgläubiger und Deckung der Insolvenzkosten geht<sup>79</sup>. Die Wiederauffüllung des Stammkapitals ist hierüber nicht begründbar, sondern allenfalls über eine darüber hinausgehende Haftung des Gesellschafters wegen Treuepflichtverletzung in der mehrgliedrigen GmbH. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsste hier jedoch ebenfalls das Vorsatzerfordernis gelten.

Der Substanzwert der entzogenen Vermögensposition ist grds zu ersetzen<sup>80</sup>. Insoweit deckt sich die Existenzvernichtungshaftung jedoch vielfach mit dem Erstattungsanspruch aus § 31 GmbHG, der jedoch nicht vorrangig ist<sup>81</sup>. Auch weitere, auf dem Eingriff beruhende Schmälerungen der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger sind als sog *Kollateralschäden* ersatzfähig<sup>82</sup>. Dies betrifft regelmäßig die Fälle, in denen der Gesellschafter lebenswichtige Betriebsmittel entzogen hat und die fortlaufenden Kosten das Gesellschaftsvermögen vernichtet haben<sup>83</sup>. In der Praxis wird wohl verstärkt auf die Möglichkeit der Schadensschätzung § 287 ZPO zurückgegriffen werden.

#### Geltendmachung des Anspruchs

Die Existenzvernichtungshaftung begründet (bei § 826 BGB dogmatisch fragwürdig!) einen Innenanspruch der GmbH gegen den Gesellschafter. Er wird im Insolvenzverfahren gemäß § 80 Abs. 1 InsO geltend gemacht<sup>84</sup>.

## 86

#### Konkurrenzen

Dass die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB sich mit der Erstattung verbotener Auszahlungen gemäß §§ 30, 31 GmbHG überschneiden kann und insoweit Anspruchskonkurrenz besteht, hat der *BGH* ausdrücklich angeführt<sup>85</sup>. Dies ist vor allem bedeutsam, wenn man auch den Entzug von – nicht bilanzierbaren – Gewinnchancen ebenfalls als hiervon geschützt ansieht<sup>86</sup>. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das nach § 826 BGB haftungswürdige Gesellschafterverhalten regelmäßig von flankierenden Schutzinstrumenten erfasst wird (Schadensersatz, Durchgriff). Derzeit ist nicht überschaubar, welches Instrument aus der Vielzahl der auf Gläubigerschutz in der GmbH-Insolvenz abzielenden Tatbestände letztlich überzeugt. Die Praxis, dh der Insolvenzverwalter, ist daher angehalten, wie

<sup>79</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 673 – Trihotel; *Smid*, DZWIR 2008, 265, 268.

<sup>80</sup> *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1686.

<sup>81</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>82</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>83</sup> Vergleiche *BGH* NJW 2002, 3024 – KBV.

<sup>84</sup> Einzelheiten bei *Smid*, DZWIR 2008, 265; Abweichend noch *BGH* NJW 2002, 3024 – KBV Durchgriffshaftung.

<sup>85</sup> BGHZ 173, 246 = NZG 2007, 667, 672 – Trihotel.

<sup>86</sup> Vergleiche *Servatius*, GmbHR 1998, 723.

bisher alle denkbaren Ansprüche geltend zu machen. Dies betrifft insbesondere die *Insolvenzverursachungshaftung* der Geschäftsführer gemäß § 64 S. 3 GmbHG; die *Geschäftsführerhaftung* gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG; die Haftung als faktischer Geschäftsführer; die *Durchgriffshaftung* wegen Vermögensvermischung, nicht aber wegen Unterkapitalisierung<sup>87</sup>; Ansprüche wegen der strafrechtlichen *Untreue* gemäß § 266 StGB (iVm § 823 Abs. 2 BGB als zivilrechtliche Schadensersatzhaftung)<sup>88</sup>; die *Insolvenzverschleppungshaftung* gemäß § 15 a InsO iVm § 823 Abs. 2 BGB; den *Ersatz von Zahlungen* gemäß § 64 S. 1 GmbHG; den Schadensersatz wegen Verletzung der gesellschaftsrechtlichen *Treuepflicht*. Von der neuen Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung unberührt bleibt auch die Möglichkeit, auf § 826 BGB als unmittelbare *Außenhaftung* gegenüber geschädigten Gläubigern zurückzugreifen, wenn es sich um ein vom bisherigen Haftungskonzept nicht erfassten Aspekt der Gläubigerschädigung handelt. Eine abschließende tatbestandliche bzw. fallgruppenartige Präzisierung der Norm kann der *BGH* nicht leisten.

### Auslandsgesellschaften

Die Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung als Delikt kann als Versuch gesehen werden, diese Haftung auch auf Auslandsgesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland anzuwenden, insbesondere die englische Ltd. Die durch die Rechtsprechung des *EuGH* mittlerweile weitgehende Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften bringt es mit sich, die nationalen Schutzregelungen auch dann in Erwägung zu ziehen, wenn eine Auslandsgesellschaft in Deutschland tätig ist bzw. sogar ihren tatsächlichen Verwaltungssitz hier hat. Nach *deutschen Kollisionsrecht* ist dies gemäß Art 40 Abs. 1 EGBGB bzw. Art. 4 Rom II-VO grds möglich<sup>89</sup>. Wegen der Konturenlosigkeit des deliktsrechtlichen Tatbestands von § 826 BGB und der hieraus resultierenden Notwendigkeit, auf sachnähere gesellschaftsrechtliche Begründungen zur Umschreibung haftungswürdigen Verhaltens zurückzugreifen, ist dies jedoch mehr als zweifelhaft<sup>90</sup>. Selbst wenn man dies anders sieht, bestehen zudem Zweifel, ob eine Anwendung der Existenzvernichtungshaftung auf europäische Auslandsgesellschaften den Vorgaben der EU-rechtlichen *Grundfreiheiten* standhielte<sup>91</sup>.

87

### Haftung im qualifizierten faktischen Konzern

Das neue Konzept der auf § 826 BGB gestützten Existenzvernichtungshaftung wird allgemein als vollständige Abkehr von der früher vorherrschenden Haftung

<sup>87</sup> *BGH* DStR 2008, 1293.

<sup>88</sup> Zu eng *Weller*, ZIP 2007, 1681, 1688.

<sup>89</sup> Vergleiche *Weller* ZIP 2007, 1681, 1688.

<sup>90</sup> Vergleiche *Servatius*, Gläubigereinfluss durch Covenants 2008, § 4 I.

<sup>91</sup> Vergleiche *Eidenmüller*, *RabelsZ* 70 [2006], 474, 488; *Weller*, ZIP 2007 1681, 1688 f.

im qualifizierten faktischen Konzern verstanden<sup>92</sup>. Es besteht indessen nach wie vor Anlass, das Schutzanliegen beim qualifizierten faktischen Konzern in Erinnerung zu rufen und hierauf aufbauend zu fragen, ob hierfür wirklich kein Bedarf mehr besteht. Die gesellschaftsrechtliche Diskussion ist insofern noch nicht abgeschlossen. Ein Verbot, originär gesellschafts – oder konzernrechtlich begründete Verantwortlichkeiten für die faktische Beherrschung einer GmbH aufrechtzuerhalten, vermag die Entscheidung des *BGH* in Sachen *Trihotel*<sup>93</sup> jedenfalls nicht zu begründen.

### *Der qualifizierte faktische Konzern*

Die rechtliche Erfassung des qualifizierten faktischen Konzerns orientiert sich am Leitbild der unternehmensvertraglichen Beherrschung einer GmbH im Konzerninteresse. Als Haftungstatbestand wird sanktioniert, wenn faktisch, dh ohne wirksamen Abschluss eines Beherrschungsvertrages, *Leitungsmacht* iSv. § 308 Abs. 1 AktG auf die beherrschte GmbH ausgeübt wird und die hiermit verbundenen Nachteile keinem Einzelausgleich mehr zugänglich sind<sup>94</sup>. Insofern handelt es sich bei der qualifizierten faktischen Beherrschung um einen *Missbrauchstatbestand*. Die adäquate Rechtsfolge dieser Umgehung war daher eine entsprechende Anwendung der *Verlustübernahmepflicht* gemäß § 302 AktG analog. Gewährleistet wird hierüber nicht nur Gläubigerschutz, sondern bei mehrgliedrigen GmbH auch Schutz zu Gunsten der Minderheit, die regelmäßig nicht von der Ausrichtung der Gesellschaft auf das Konzerninteresse profitiert.

88

#### Voraussetzungen

Ausreichend, aber auch erforderlich ist nach überwiegendem Verständnis ein *qualifiziertes Abhängigkeitsverhältnis* zwischen herrschendem Unternehmen und GmbH iSv. § 17 AktG. Die rechtliche Behandlung des qualifizierten faktischen Konzerns reagiert so auf die in §§ 15 ff. AktG, insb im Unternehmensbegriff angelegte spezifische *Konzerngefahr*: Ein Gesellschafter verfolgt anderweitige unternehmerische Interessen, so dass der Interessengleichlauf mit seinen Mitgesellschaftern nicht mehr besteht und auch die Risikoerwartung der Gläubiger in Bezug auf die GmbH gestört wird. Erforderlich ist weiterhin die tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht im Konzerninteresse zum Nachteil der GmbH. Die hierfür in Betracht kommenden Maßnahmen sind wie bei § 308 AktG vielfältig und reichen von „Empfehlungen“ bis hin zu echten „Weisungen“, die jedoch allesamt mangels rechtlicher Verbindlichkeit von den Organen der beherrschten GmbH bloß faktisch

<sup>92</sup> Eindeutig *BGH* NZG 2002, 38 – Bremer Vulkan.

<sup>93</sup> *BGH* NZG 2007, 667.

<sup>94</sup> Grundlegend *BGH* NJWZ 95, 330 = 1986, 188 – Autokran; zuletzt *BGH* NJW 1983, 1200 – TBB.

befolgt werden (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario). Schließlich ist erforderlich, dass bei der Ausübung von Leitungsmacht keine angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen GmbH genommen wird und die zugefügten Nachteile nicht isolierbar sind<sup>95</sup>. Insofern besteht eine deutliche Parallele zu der heute maßgeblichen Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB. Ein Verschulden ist nicht erforderlich<sup>96</sup>.

### Rechtsfolgen

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der qualifizierten faktischen Beherrschung vor, ist das herrschende Unternehmen gegenüber der abhängigen GmbH zur *Verlustübernahme* entsprechend § 302 AktG verpflichtet. Die außenstehenden Gesellschafter haben Ausgleichs- und Abfindungsansprüche entsprechend §§ 304, 305 AktG<sup>97</sup>. Bei Beendigung der Beherrschung besteht entsprechend § 303 AktG ein Anspruch der Gläubiger auf *Sicherheitsleistung*<sup>98</sup>.

### *Verbleibende Anwendungsfälle der Konzernhaftung?*

Es gibt verschiedene Unterschiede zwischen dem Haftungskonzept der Existenzvernichtungshaftung und der früher maßgeblichen Haftung im qualifizierten faktischen Konzern<sup>99</sup>. Will man hieraus Konsequenzen für die Fortgeltung des Letzteren ableiten, sind vor allem zwei Aspekte bedeutsam:

### Der Minderheitenschutz als ungelöstes Problem

Die Haftung aus § 826 BGB vermag wegen ihrer Insolvenzbezogenheit und wegen ihrer Legitimation als Sanktionierung einer zweckwidrigen Verwendung des im Gläubigerinteresse gewidmeten Gesellschaftsvermögens keinen wirklichen Schutz zu Gunsten der Minderheit zu leisten. Die *typische Konzerngefahr*, wonach ein herrschendes Unternehmen die Gesellschaft zu eigenen, gesellschaftsfremden Zwecken instrumentalisiert und die übrigen an den Erträgen nicht oder nur gering partizipieren, lässt sich über § 826 BGB nicht beherrschen; allenfalls über eine Haftung wegen Treuepflichtverletzung<sup>100</sup>. Für die Gestaltungen, die früher unter dem Begriff der qualifizierten faktischen Beherrschung gefasst wurden, bedarf es daher nach wie vor einer anderweitig begründeten Sanktion, die es dem herrschenden Unternehmen verwehrt, Sondervorteile auf Kosten der formal unverbundenen GmbH durchzusetzen und sie damit besonderen Risiken auszusetzen.

<sup>95</sup> BGH NJW 1983, 1200 – TBB.

<sup>96</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 142.

<sup>97</sup> Offen lassend OLG Schleswig NZG 2008, 868, 874 ff.

<sup>98</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 147.

<sup>99</sup> Instrukтив Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 152 ff.

<sup>100</sup> *Liebscher GmbH-Konzernrecht* Rn 560; *Mülbert*, DStR 2001, 1937, 1944.

## Haftung für "nur unvernünftige" Maßnahmen

Ein anderer Aspekt ist die hohe Eingriffsintensität, die die Bejahung eines existenzvernichtenden Eingriffs erfordert. Indem bloße Managementfehler ausgenommen sind, besteht über § 826 BGB keine Möglichkeit, „nur unvernünftige“ Maßnahmen, die die GmbH letztlich in die *Insolvenz* führen, adäquat zu sanktionieren. Beispielhaft ist die Entscheidung des *BGH* in Sachen *Kolpingwerk*<sup>101</sup>. Hierin ging es um den typischen Fall einer umfangreichen Konzernleitung mit *Quersubventionierung*, die nach Ansicht des *BGH* keinen existenzvernichtenden Eingriff darstellt und auch im übrigen haftungsrechtlich folgenlos blieb. Auch hier bestehen erhebliche Zweifel, ob die ursprüngliche Haftung im qualifizierten faktischen Konzern nicht auch heute noch eine gewisse Berechtigung hat<sup>102</sup>. Es bleibt derzeit nur abzuwarten, ob diese Betrachtung in der deutschen Literatur ausreichend Beachtung findet, der sich dann letztlich auch der *BGH* beugen müsste.

## Haftung im (einfachen) faktischen Konzern

§§ 311 ff. AktG regeln die (einfache) Beherrschung einer AG durch einen ihrer Gesellschafter. Seit jeher ist problematisch, inwieweit diese Regelungen auch auf die Beherrschung einer GmbH Anwendung finden.

90

### *Die faktische Beherrschung einer AG als Ausgangspunkt*

Die faktische Beherrschung einer AG wird gemäß § 311 AktG insoweit geduldet, als das herrschende Unternehmen die Nachteile tatsächlich ausgleicht<sup>103</sup>. Andernfalls ist es gemäß § 317 AktG zum Schadensersatz verpflichtet. Flankierende Regelungen zur Gewährleistung von Transparenz und Effektivität des Nachteilsausgleichs sind die Berichts- und Prüfpflichten gemäß §§ 312 – 318 AktG. Die §§ 311 ff. AktG setzen die Ausübung von „Konzernleitungsmacht“ lediglich voraus und legitimieren sie auf Zeit, sind jedoch keine rechtliche Grundlage für die Einflussnahme im Sinne eines Einwirkungsrechts. Der Vorstand ist nicht verpflichtet, die „Weisung“ zu befolgen (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario)<sup>104</sup>. Wegen der schwierigen Abgrenzungsprobleme, ob das System des Nachteilsausgleichs im Einzelfall wirklich funktioniert, sollte man der legitimierenden Wirkung jedoch keine große Bedeutung zusprechen<sup>105</sup>. Im Verhältnis zu den Gläubigern bleibt daher auch für die AG Raum für die Existenzvernichtungshaftung; im Verhältnis zur konzern-

<sup>101</sup> DStR 2008, 363, 365 ff., für den Idealverein; hierzu kritisch *Servatius*, KTS 2008, 347.

<sup>102</sup> So auch *Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR* Rn 155.

<sup>103</sup> HM, vergleiche *Hüffer AktG* § 311 Rn 7.

<sup>104</sup> Vergleiche auch *KG ZIP* 2003, 1042, 1049.

<sup>105</sup> HM, *Hüffer AktG* § 311 Rn 8.

freien Minderheit Raum für *Treuepflichtlösungen*. Vor allem darf aus der (möglicherweise voreiligen) Aufgabe des Haftungskonzepts bei qualifizierter faktischer Beherrschung nicht geschlossen werden, dass der Gläubiger- und Minderheitenschutz reduziert wurde.

### Voraussetzungen

Die faktische Beherrschung einer AG iSv. §§ 311 ff. AktG knüpft an den *Begriff des herrschenden Unternehmens* gemäß § 17 Abs. 1 AktG an. Eine faktische Konzernierung iSv. § 18 Abs. 1 AktG ist nicht erforderlich, jedoch erst recht ausreichend<sup>106</sup>. Es gilt folgende Formel: Eine Person bzw. ein Rechtsträger mit anderer wirtschaftlicher Interessenbindung (= Unternehmen iSv. §§ 15 ff. AktG) kann aufgrund ihrer mitgliedschaftlichen Stellung in der beherrschten Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben und diesen faktisch (§ 308 Abs. 1 AktG e contrario) auch zum Nachteil der Gesellschaft, aber im Konzerninteresse, ausübt. Ausreichend ist jede Art der tatsächlichen oder rechtsgeschäftlichen Einflussnahme<sup>107</sup>.

### Rechtsfolgen

Nach § 311 Abs. 1 AktG ist eine derartige Beherrschung entgegen § 76 Abs. 1 AktG ausnahmsweise *zulässig*, soweit die hierdurch entstehenden Nachteile ausgleichbar sind und tatsächlich bis zum Ende des Geschäftsjahres (§ 311 Abs. 2 AktG) ausgeglichen werden. Der Vorstand darf eine derartige Einflussnahme befolgen, muss es jedoch nicht. Die Sorgfaltsanforderungen an die Unternehmensleitung gemäß § 93 AktG und das Verbot nachteiliger Einflussnahme gemäß § 117 AktG werden hierdurch (auf Zeit) überlagert. Die Kausalität zwischen Beeinflussung und Nachteil wird nach hM vermutet<sup>108</sup>. Ist diese zu bejahen, regelt § 311 Abs. 2 AktG die Einzelheiten über die Ausgleichsgewährung<sup>109</sup>. Es besteht keine Rechtspflicht zum Nachteilsausgleich<sup>110</sup>. Das herrschende Unternehmen haftet gegebenenfalls allein aus § 317 AktG. Ein Nachteilsausgleich ist nicht erforderlich, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer nicht abhängigen Gesellschaft unter sonst gleichen Bedingungen das Rechtsgeschäft ebenso vorgenommen hätte, wie tatsächlich bei Abhängigkeit geschehen; ein etwaiger Nachteil der abhängigen Gesellschaft wäre insofern keine Folge der Abhängigkeit<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 6, Einzelheiten Rn 12 ff.

<sup>107</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 16 auch Ratschlag, Anregung, Erwartung.

<sup>108</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 20.

<sup>109</sup> Hüffer AktG § 311 Rn 44 ff.

<sup>110</sup> HM, vergleiche Hüffer AktG § 311 Rn 38.

<sup>111</sup> BGH NJW 2008, 1583 – UMTS (zu § 317 AktG).

## Analoge Anwendung auf die GmbH?

Sieht man mit der ganz hM die Abhängigkeit iSv. § 17 Abs. 1 AktG als mitgliedschaftlich begründete Einflussmöglichkeit, lautet die Kernfrage, ob es bei der GmbH entsprechend § 311 ff. AktG zulässig ist, dass ein (Mehrheits-)Gesellschafter seinen Einfluss dazu auszunutzen darf, die Gesellschaft zumindest auf Zeit zu schädigen, um hierdurch sein anderweitiges wirtschaftliches Interesse zu befriedigen.

### Mehrgliedrige GmbH

Bei der mehrgliedrigen GmbH, bei der also neben dem herrschenden Unternehmen iSv. § 17 Abs. 1 AktG weitere Gesellschafter vorhanden sind, lehnt die ganz hM eine analoge Anwendung der §§ 311 ff. AktG zu Recht ab<sup>112</sup>. Ein Mehrheitsgesellschafter unterliegt hiernach wie die übrigen den aus der Satzung der unverbundenen GmbH folgenden Zweckbindung und darf daher seinen Einfluss nicht zur Verfolgung gesellschaftsfremder unternehmerischer Interessen ausnutzen (Schädigungsverbot). Handelt er dem entgegen, macht er sich gegebenenfalls gegenüber der GmbH und seinen Mitgesellschaftern wegen *Treuepflichtverletzung* schadensersatzpflichtig; für eine entsprechende Anwendung von § 317 AktG besteht daher kein Raum<sup>113</sup>. Auch die gesetzliche *Kapitalbindung* gemäß §§ 30, 31 GmbHG wird durch die faktische Beherrschung nicht aufgehoben (§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GmbHG e contrario); ob eine Auszahlung causa societatis erfolgt oder nicht, bestimmt sich daher anhand eines Drittvergleichs unter Beteiligung der unverbundenen GmbH<sup>114</sup>. Bezugspunkt für das *Gesellschaftsinteresse* bei der Beschlussfassung, insbes der Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, ist das Interesse der unverbundenen GmbH, andernfalls ist der Beschluss anfechtbar.

Die Begründung folgt vor allem daraus, dass die GmbH nach ihrem gesetzlichen Leitbild auf einer größeren *personalen Verbundenheit* der Gesellschafter beruht als die AG. Insbesondere fehlt eine Regelung wie § 243 Abs. S. 2 AktG, wonach ein Gesellschafter für sich Sondervorteile suchen darf, wenn er die Mitgesellschafter hinsichtlich der dadurch entstehenden Nachteile entschädigt. Bei der GmbH haben daher alle Gesellschafter auch ein Recht auf die Teilhabe am unternehmerischen Erfolg. Diese Regelung verdeutlicht wie § 311 AktG die spezifische Konzerngefahr: Ein Gesellschafter darf aus der Beherrschung Vorteile erhalten, indem er nur die Nachteile der übrigen kompensiert. Hieraus folgt, dass die übrigen kein Recht darauf haben, ebenfalls an den Vorteilen zu partizipieren. Für die GmbH gilt etwas anderes: Im Umkehrschluss hierzu sitzen die GmbH-Gesellschafter auch hinsichtlich der Vorteile unternehmerischer Tätigkeit in einem

<sup>112</sup> Grundlegend BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188 – ITT.

<sup>113</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 109.

<sup>114</sup> Vergleiche BGH ZIP 1098, 1050.

Boot. Dem würde entgegenstehen, wenn das herrschende Unternehmen die GmbH schädigen dürfte, wenn lediglich die Nachteile ausgeglichen würden. Dem vielfach angeführten Argument, die analoge Anwendung von §§ 311 ff. AktG sei abzulehnen, weil der Nachteilsausgleich nicht durchführbar sei, kommt nach diesem Verständnis nur eine ergänzende Bedeutung zu.

### Ein-Personen-Gesellschaft

Die vorgenannte Ablehnung der analogen Anwendung von §§ 311 ff. AktG auf die faktisch beherrschte GmbH gilt nicht für die Ein-Personen-Gesellschaft. Hier konzentriert sich die Kernfrage darauf, ob der *Gläubigerschutz* es rechtfertigt, dem vom Gesetzgeber bei der AG für adäquat und praktisch handhabbar erachteten Regelungsmodell Geltung zu verschaffen.

Gesichert sein dürfte, dass die besonderen Prüfungs- und Berichtspflichten gemäß §§ 312 – 316, 318 AktG aktienrechtliche Sonderregelungen sind. Diese sind wegen ihrer Kompliziertheit und dem nur bei der AG typischen Auseinanderfallen von Geschäftsführungsbefugnis und Mitgliederkompetenzen nicht auf die faktisch beherrschte GmbH anwendbar. Für die Ein-Personen-Gesellschaft dürfte hieran kein Zweifel bestehen, das es bereits kein entsprechendes Informationsbedürfnis gibt. Das gesetzliche Konzept der auf Zeit zulässigen Nachteilszufügung gemäß §§ 311, 317 AktG ist jedoch entgegen der hM auch auf die Ein-Personen-GmbH übertragbar. Belange des Gläubigerschutzes sind – wie bei der AG – solange nicht tangiert, wie der Nachteilsausgleich funktioniert. Der praktische Anwendungsbereich dieses Analogieschlusses ist bei der GmbH jedoch gering. Eine Nachteilszufügung oberhalb der Stammkapitaldeckung ist bei der Ein-Personen-GmbH anders als bei der AG ohnehin zulässig, so dass für eine Privilegierung gemäß §§ 311, 317 AktG kein Bedarf besteht. Etwas anderes gilt allein für die Fälle, in denen an sich eine verbotene Auszahlung gemäß §§ 30, 31 GmbHG vorliegen würde. Erfolgt diese bei der Ein-Personen-Gesellschaft im Konzerninteresse, spricht nichts dagegen, die Rückerstattungspflicht gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG als Nachteil iSv. § 311 AktG analog anzusehen mit der Folge, dass ein Ausgleich zeitlich hinausgeschoben werden kann. Etwaige Schutzdefizite des §§ 311, 317 AktG zu Lasten der Gläubiger können mit der Existenzvernichtungshaftung behoben werden.

### *Treuepflichtlösungen als Alternative*

Geht man bei der mehrgliedrigen GmbH von einem strikten Schädigungsverbot aus, besteht konsequenterweise Bedarf, etwaige Verstöße zu sanktionieren. Rechtsgrundlage des Schädigungsverbots ist die gesellschaftliche Treuepflicht<sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Treuepflicht gegenüber der GmbH, vergleiche *BGH BGHZ* 65, 17 = *NJW* 1976, 191; Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern vergleiche *BGH NJW* 1992, 368.

Diese ist unmittelbar Ausfluss der Zweckbindung des Gesellschafters<sup>116</sup>. Eine als faktische Beherrschung durch den Mehrheitsgesellschafter, mithin die Nutzbar-  
machung der GmbH für gesellschaftsfremde wirtschaftliche Zwecke stellt mangels  
Privilegierung regelmäßig eine Verletzung der Treuepflicht dar.

#### Beschlussanfechtung

Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Verhalten um die Stimmabgabe in  
der Gesellschafterversammlung, wird die Treuepflicht zuvörderst über das Beschluss-  
mängelrecht effektuiert<sup>117</sup>. Die Minderheit kann daher zB einen *Weisungsbeschluss*  
an den Geschäftsführer (§ 37 Abs. 1 GmbHG) anfechten, wenn hierdurch nicht  
der Gesellschaftszweck der GmbH verwirklicht wird, sondern das Konzerninter-  
esse. Auch *Satzungsänderungen* oder *Strukturmaßnahmen* können hiernach an-  
fechtbar sein, wenn zum Beispiel der Geschäftsbetrieb auf Geheiß des Mehrheits-  
gesellschafters eingestellt werden soll, nachdem er wesentliche Teile des Unter-  
nehmens erworben hat<sup>118</sup>. Wegen der Desinvestitionsfreiheit kann dies jedoch nur  
in Extremfällen gelten.

#### Schadensersatz

94

Eine wesentliche Funktion kommt einem durch die Treuepflicht effektuierten  
Schädigungsverbot als Grundlage für eine Schadensersatzhaftung des herrschenden  
Unternehmens aus § 280 BGB zu. Für eine Analogie zu § 117 AktG besteht daher  
insofern kein Raum, als es sich um die Einflussnahme eines herrschenden Unter-  
nehmens, mithin eines Gesellschafters handelt. Ersatzfähig sind Schäden der GmbH,  
auch ein entgangener Gewinn (§ 252 BGB). Ein Gesellschafterschaden kann nur  
geltend gemacht werden, wenn es sich hierbei nicht um einen bloßen Reflex-  
schaden handelt. Grds führt eine Schädigung der GmbH daher zu einem entspre-  
chenden Anspruch der GmbH gegen den Mehrheitsgesellschafter. Die Haftung  
tritt grds bereits bei einfacher Fahrlässigkeit ein. Die Geltendmachung eines Scha-  
densersatzanspruchs ist regelmäßig davon abhängig, dass die Minderheit sich  
zuvor erfolglos bemüht hat, gegen die schädigende Handlung vorzugehen, insbe-  
sondere durch die Geltendmachung von Beschlussmängeln<sup>119</sup>. Ein Gläubigerver-  
folgungsrecht entsprechend §§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 S. 3 AktG ist nicht geboten,  
weil die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht keine Gläubigerinteressen beinhaltet<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Zöllner ZHR 162 [1998], 235, 239.

<sup>117</sup> Zur Anfechtbarkeit BGHZ 76, 357 = NJW 1980, 1287.

<sup>118</sup> Vergleiche für die AG Linotype BGHZ 102, 184 = NJW 1988, 1579.

<sup>119</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich GmbHG § 13 Rn 36; offen gelassen für die AG von BGHZ 129, 136,  
160 = NJW 1995, 1739 – Girmes.

<sup>120</sup> Abweichend Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG SchlAnhKonzernR Rn 109.

**REFERENZEN**

- BAUMBACH, Adolgf; HUECK, Alfred. *GmbHG*. Muenchen, 2010.
- EMMERICH, Volker; HABERSACK, Mathias. *Konzernrecht*. Muenchen, 2009.
- HÜFFER, Uwe. *AktG*. Muenchen, 2010.
- LIEBSCHER, Thomas. *GmbH-Konzernrecht*. Muenchen, 2008.
- LUTTER, Marcus; HOMMELHOFF, Peter. *GmbHG*. Koeln, 2009.
- MICHALSKI, Lutz. *GmbHG*. München, 2010.
- ROTH, Guenter; ALTMEPPEN, Holger. *GmbHG*. Muenchen, 2009.
- SERVATIUS, Wolfgang. *Glaebigereinfluss durch Covenants*. Tübingen, 2008.
- SPINDLER, Gerald; STILZ, Eberhard. *AktG*. Muenchen, 2007.

Data de recebimento: 22/05/2010

Data de aprovação: 31/08/2010



# EDUCAÇÃO AMBIENTAL: UMA PROPOSTA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DO PLANETA

## ENVIRONMENTAL EDUCATION: A PROPOSAL FOR THE SUSTAINED DEVELOPMENT OF THE PLANET

*Michele Amaral Dill Goi\**

*Raquel Fabiana Lopes SpareMBERGER\*\**

### RESUMO

No presente artigo tratar-se-á, dentro da questão mais ampla e polêmica que é a crise do meio ambiente, da Educação Ambiental. Com a evolução da ciência e da tecnologia, principalmente, o homem superou a dependência que tinha em relação ao meio ambiente no qual estava inserido e começou a dominá-lo, explorando ilimitadamente os seus recursos que são limitados, e, dessa forma, acarretou a crise ambiental. A Conferência de Estocolmo (1972) alertou os Estados quanto ao fato de que a política do “desenvolvimento a qualquer preço”, a longo prazo, é insustentável. Posteriormente, a Rio-92 adotou o desenvolvimento sustentável como meta a ser perseguida para solucionar os problemas ambientais. Porém, tanto a conscientização quanto o desenvolvimento sustentável, só no plano teórico, sem prática correspondente, são precários diante da gravidade da crise do meio ambiente. Diante disso, aponta-se a Educação Ambiental Crítica como um instrumento estratégico fundamental para a sustentabilidade do planeta, uma vez que essa promove a conscientização acompanhada de mobilização.

**Palavras-chave:** Crise ambiental; Desenvolvimento sustentável; Educação ambiental.

### ABSTRACT

In the present article it will be discuss, inside of the widest subject and controversy that it is the crisis of the environment, of the Environmental

---

\* Mestranda em Desenvolvimento na UNIJUÍ. Rua do Comércio, 3000, Bairro Universitário, 98700-000, Ijuí-RS, Brasil. Bolsista da CAPES. E-mail: goiekreling@terra.com.br.

\*\* Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e professora do Mestrado em Política Social da Universidade Católica de Pelotas. Pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Félix da Cunha, 412, Centro, 96010-000, Pelotas-RS, Brasil.

Education. With the evolution of the science and of the technology, mainly, the man overcame the dependence that had in relation to the environment in which was inserted and it began to dominate him, exploring ilimitadamente its resources that are limited, and, in that way, it carted the environmental crisis. The Conference of Stockholm (1972) alerted the States for the fact that the politics of the “development at any price”, long term, are unsustainable. Later, the Rio-92 adopted the maintainable development as a goal to be pursued to solve the environmental problems. However, as much the understanding as the maintainable development, only in the theoretical plan, without corresponding practice, they are precarious front to the gravity of the environment crisis. Before that, the Critical Environmental Education is pointed as a fundamental strategic instrument for the sustainability of the Planet, once this promotes the understanding accompanied of mobilization.

**Keywords:** Environmental crisis; Intainable development; Vironmental education.

## INTRODUÇÃO

98

A crise ambiental, que ameaça a existência do homem e do planeta, tornou-se, a partir da segunda metade do século XX, uma preocupação de ordem mundial. Nesse período, houve um crescente número de conferências, sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), produções científicas e literárias a respeito do assunto e a adequação da legislação ambiental, inclusive da brasileira, em busca de soluções aos problemas ambientais. Com a virada do milênio o assunto não se esgotou; ao contrário, a experiência e a maturidade adquirida possibilitam analisar a problemática ambiental com um olhar mais crítico e centrado na origem das causas e nas consequências, sendo forte a ideia de Educação Ambiental Crítica para o desenvolvimento sustentável do planeta.

É sobre esse contexto que desafiamos refletir. Para tanto, dividimos o presente artigo em duas partes, a saber: a crise da vida sobre o planeta e a busca pelo desenvolvimento sustentável e Educação Ambiental para a sensibilização das consciências.

Assim, no primeiro ponto, analisam-se os caminhos que levaram à crise ambiental atual, destacando-se que a raiz do problema reside no modelo de crescimento ilimitado, a partir de uma base de recursos limitados. Em seguida, estuda-se a Conferência de Estocolmo (1972), que, diante da crise ambiental, buscou conscientizar os Estados de que os problemas que afetam o meio ambiente são graves e globais. E, a partir dessa conscientização, enfoca-se o desenvolvimento sustentável, que foi definido pela Rio-92 como meta a ser perseguida na direção da resolução da problemática ambiental, mas que até hoje não se consolidou.

No segundo ponto, o objeto de estudo é especificamente a Educação Ambiental, enquanto premissa fundamental à sustentabilidade do planeta. Assim,

inicia-se a abordagem pela evolução do conceito de Educação Ambiental no mundo e, na sequência, analisa-se a Educação Ambiental Tradicional, que amiúde tem sido precária, em oposição à Educação Ambiental Crítica, que se acredita a única capaz de consolidar novos paradigmas rumo à sustentabilidade do planeta. Ao final desse ponto, em que pese tal política não ter sido implementada, aborda-se o caráter crítico da Política Nacional de Educação Ambiental brasileira, pela análise da Lei n. 9.795/99, enfatizando a Educação Ambiental no ensino formal e no não formal.

E, por derradeiro, apresentam-se algumas modestas considerações finais acerca do tema proposto.

## **A CRISE DA VIDA SOBRE O PLANETA E A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

### **Os caminhos da crise ambiental**

Para entender a atual crise ambiental é necessário fazer uma retrospectiva dos fatos e, nesse sentido, o renomado defensor do meio ambiente Milaré<sup>1</sup> afirma que podemos falar de três tempos: “tempos geológicos, tempos biológicos e tempos históricos”.

À luz teórica desse autor, entende-se que os tempos geológicos estão distanciados da atualidade por bilhões de anos, que são tempos remotos, justificando-se, assim, a insuficiência de registros que possibilitem hoje conclusões precisas sobre as origens e as etapas de formação do nosso planeta.

Já os tempos biológicos não são tão remotos, uma vez que existem há dezenas ou centenas de milhões de anos, porém não mais há bilhões como os tempos geológicos. E é nos tempos biológicos que são identificados registros da vida, sendo que a partir daí marca-se a evolução do hábitat planetário. As transformações produzidas no planeta nesse momento aconteceram lenta e continuamente, à mercê das causas físicas naturais.

Por sua vez, os tempos históricos são mais recentes e caracterizam-se pela identificação da presença da espécie humana nos ecossistemas naturais e pela ocupação do espaço, o que ocorreu há milhões de anos, porém, ainda hoje, os cientistas não conseguem precisar a idade do homem nessa Terra e as várias transformações que ocorreram ao longo da evolução. Sabe-se, no entanto, que nos tempos históricos, diferentemente dos tempos biológicos, as modificações do planeta ocorreram (e continuam ocorrendo), principalmente pela intervenção humana e de forma cada vez mais acelerada.

---

<sup>1</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 48.

Acontece que, durante muitos séculos, “o homem exerceu uma relação de dependência com o meio ambiente em que estava inserido, ou seja, ele se submetia à natureza e também se contentava com o que ela oferecia”<sup>2</sup>. Em outras palavras, na pré-história o homem se contentava em retirar da natureza os recursos necessários para sua subsistência e de sua família, por meio da caça e da pesca, basicamente. Além disso, como havia abundância de recursos naturais em relação ao pequeno número de habitantes existentes no planeta à época, as transformações provocadas na natureza pela atividade humana não eram significativas.

Mas, aos poucos, o homem passou a dominar a natureza e, dessa forma, segundo Morin:

A pré-história não se extinguiu, foi exterminada. Os fundadores da cultura e da sociedade *Homo sapiens* foram vítimas de um genocídio definitivo perpetrado pela própria humanidade que progrediu, assim, no parricídio. [...] Numa formidável metamorfose sociológica, as pequenas sociedades sem agricultura, sem Estado, sem cidade, sem exército dão lugar a cidadelas, reinos e impérios de várias dezenas de milhares depois de centenas de milhares e milhões de sujeitos, com agricultura, cidades, Estado, divisão do trabalho, classes sociais, guerra, escravatura, e mais tarde religiões e grandes civilizações.

A história é o aparecimento, o crescimento, a multiplicação e a luta de morte dos Estados entre si; é a conquista, a invasão, a sujeição, e é a resistência, a revolta, a insurreição; são as batalhas, ruínas, golpes de Estado e conspirações; é a expansão do poderio e da força, a desmesura do poder; é o reino terrífico de grandes deuses sedentos de sangue; é a sujeição em massa e o massacre em massa; é a edificação de palácios, templos, pirâmides grandiosas, é o desenvolvimento das técnicas e das artes; é o aparecimento e o desenvolvimento da escrita; é o comércio por mar e por terra das mercadorias e depois das ideias também, aqui e ali, uma mensagem de piedade e de compaixão, aqui e ali um pensamento que interroga o mistério do mundo<sup>3</sup>.

A partir daí, gradativamente, o homem “dominou os mares, conquistou novas terras, desenvolveu a ciência e a técnica, inventou a máquina, construiu a fábrica e gerou uma civilização caracterizada pelo incremento econômico e tecnológico”<sup>4</sup>. Para tanto, agiu sobre os meios físicos, ocasionando transformações importantes no meio ambiente, na maioria negativas.

---

<sup>2</sup> BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica*. Direito ambiental em questão. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 100.

<sup>3</sup> MORIN, Edgar. *Terra-pátria*. Tradução de Anne Brigitte Kern. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 12.

<sup>4</sup> MILARÉ, op. cit., p. 430.

Nota-se então que, ao longo da História, o homem desenvolveu uma visão antropocêntrica<sup>5</sup>, enaltecendo-se como o ator principal no palco planetário e relegando à natureza papel meramente coadjuvante (oposição homem/natureza). A natureza passou a ser vista como um instrumento à disposição do homem na busca pela satisfação de suas necessidades, especialmente aquelas de cunho econômico, pois um grande equívoco da humanidade é associar qualidade de vida somente com riqueza material, sendo que qualidade de vida está também vinculada à qualidade da água que se bebe, do ar que se respira, dos alimentos que se consome e à saúde que se obtém por meio desse conjunto.

Vieira observa que foi na Modernidade (Revolução Científica) que a oposição homem-natureza se completou, e foi no século XIX (Revolução Industrial) que essa ideia se consagrou:

A oposição homem-natureza encontrou, porém, sua formulação máxima na filosofia cartesiana, que colocava o homem como sujeito e a natureza como objeto. O homem passava a ser o senhor e mestre da natureza.

A concepção cartesiana influencia profundamente a maneira de pensar o mundo que está na base da revolução científica e tecnológica do ocidente nos últimos séculos, e que alcançará sua máxima expressão na Revolução Industrial, a qual, por sua vez, aprofundará ainda mais o antagonismo homem-natureza, englobados ambos em uma visão cósmica como partes do universo<sup>6</sup>.

Nessa perspectiva, Foladori<sup>7</sup> complementa: “Com a Idade Moderna, em torno dos séculos XVII e XVIII, e como resultado do avanço das ciências e sua divulgação [...] a natureza começa a ser reordenada e explorada de forma crescente. A natureza se dessacraliza e a ideia de progresso substitui as antigas concepções cíclicas”.

E, em paralelo à dominação do homem sobre a natureza, à evolução da ciência e da tecnologia (industrialização), ocorreu o aumento demográfico generalizado e foram surgindo, cada vez mais, novas e inúmeras necessidades ao homem que, para supri-las, explorou (e continua explorando) predatoriamente os recursos naturais. Isso acarretou o aumento das taxas de consumo, principal fator do esgotamento dos recursos naturais, e agravou ainda mais a problemática ambiental.

<sup>5</sup> “ANTROPOCENTRISMO: mentalidade que, em suas reflexões e ações, refere toda a realidade ao ser humano, entendendo que os interesses humanos estão acima de qualquer outro interesse” (JUNGES, José Roque. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Sinus, 2004. p. 111).

<sup>6</sup> VIEIRA, Liszt. *Fragmentos de um discurso ecológico*. São Paulo: Gaia, 1990. p. 16.

<sup>7</sup> FOLADORI apud GUIMARÃES, Mauro. Sustentabilidade e educação ambiental. In: CUNHA, S. B.; GUERRA, A. J. T. (Org.). *A questão ambiental*. Diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. p. 88.

Portanto, devido ao padrão de consumo exacerbado inaugurado pelo homem (e para consumir precisa produzir), a natureza não consegue repor seus recursos com a mesma velocidade com que este os explora, além do fato de que grande quantidade dos mais variados tipos de resíduos são lançados na natureza.

Nota-se que as demandas de produção e consumo do homem são infinitas enquanto os recursos da natureza finitos. Esse é justamente o campo em que Milaré<sup>8</sup>, e também outros autores, identifica a raiz da crise ambiental: “Tudo decorre de um fenômeno correntio, segundo o qual os homens, para satisfação de suas novas e múltiplas necessidades, que são *ilimitadas*, disputam os bens da natureza, por definição *limitados*”.

Em outras palavras, o homem, acreditando que os recursos naturais fossem inesgotáveis, buscou, incessantemente, o progresso econômico e tecnológico como sua fonte de enriquecimento e felicidade e, infelizmente, acabou acarretando a crise ambiental atual. “Por conta disso, em todo o mundo – e o Brasil não é nenhuma exceção –, o lençol freático se contamina, a água se escasseia, a área florestal diminui, o clima sofre profundas alterações, o ar se torna irrespirável, o patrimônio genético se degrada, abreviando os anos que o homem tem para viver sobre o planeta”<sup>9</sup>.

Assim, fica demonstrado que houve uma mudança significativa na relação homem-natureza, pois a relação que nos primórdios era de dependência do homem sobre a natureza passou a ser extremamente destrutiva, haja vista que a conquista da natureza resultou na degradação do meio ambiente.

Diante dessa crise ambiental, a partir da segunda metade do século XX começou a surgir uma nova compreensão sobre o relacionamento do homem com a natureza, destacando-se, nesse sentido, o papel da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972). De qualquer forma, o século XXI é marcado por uma crise ambiental nunca antes vista na História da humanidade, consolidando uma sociedade de risco. Para Maurice Strong<sup>10</sup>, Secretário-Geral da Conferência de Estocolmo e da Rio 92, “do ponto de vista ambiental o planeta chegou quase ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos. O poder de autopurificação do meio ambiente está chegando ao limite”. Isso significa que, por uma questão de vida ou morte, está na hora de o homem se convencer de que os recursos naturais são limitados, por isso não podem ser explorados ilimitadamente, e buscar salvaguardar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

<sup>8</sup> MILARÉ, op. cit., p. 49.

<sup>9</sup> Ibid, p. 50.

<sup>10</sup> MAURICE STRONG apud MILARÉ, op. cit., p. 50.

## A Conferência de Estocolmo e o despertar global sobre a problemática ambiental

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano foi realizada de 5 a 16 de junho de 1972, em Estocolmo (Suécia), razão pela qual é mais conhecida como Conferência de Estocolmo. Participaram desse evento representantes de 113 países, 19 órgãos intergovernamentais e 400 outras organizações intergovernamentais e não governamentais. A Conferência de Estocolmo foi inicialmente motivada pela preocupação dos países industrializados na década de 1960 com a degradação ambiental causada pelo seu modelo de crescimento econômico e progressiva escassez de recursos naturais.

Diante desse cenário, a Conferência de 1972 ocorreu para, assim como a Conferência da Biosfera<sup>11</sup>, conscientizar os Estados de que a crise ambiental é global e grave, bem como analisar os problemas ambientais que afetam o planeta e propor ações corretivas. “A conferência, disse Maurice Strong na abertura, lançaria ‘um novo movimento de libertação’ para emancipar os seres humanos dos perigos ambientais produzidos por eles mesmos”<sup>12</sup>.

A Conferência de Estocolmo, na verdade, foi uma continuação da Conferência da Biosfera, haja vista que

algumas iniciativas atribuídas a Estocolmo foram, em alguns casos, somente expansões de temas levantados em Paris. Alguns dos fundamentos intelectuais de Estocolmo refletiam os de Paris e algumas dentre as recomendações eram comuns a ambas as conferências. A diferença real reside no fato de que, enquanto Paris se voltou para os aspectos científicos dos problemas ambientais, Estocolmo se preocupou com questões políticas, sociais e econômicas mais amplas<sup>13</sup>.

Porém, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano causou uma repercussão pública e política muito maior do que a Conferência da Biosfera, sendo “considerada um marco histórico e político internacional, decisivo para o surgimento de políticas de gerenciamento do ambiente [...]”, conforme o entendimento de Dias<sup>14</sup>. Foi a partir de Estocolmo que a temática ambiental

<sup>11</sup> Conferência Intergovernamental de Especialistas sobre as Bases Científicas para Uso e Conservação Racionais dos Recursos da Biosfera – realizada de 1º a 13 de setembro de 1968, em Paris, sob a coordenação da Unesco.

<sup>12</sup> McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992. p. 105.

<sup>13</sup> McCORMICK, op. cit., p. 99.

<sup>14</sup> DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. 8. ed. São Paulo: Gaia, 2003. p. 36.

emergiu em nível internacional, ou seja, as questões referentes ao meio ambiente passaram a ser uma preocupação de ordem mundial.

Além disso, Soares<sup>15</sup> observa que, logo após a Conferência da Biosfera, em 3 de dezembro de 1968, a Assembleia Geral da ONU aprovou uma recomendação, encaminhada pelo Conselho Econômico e Social da ONU (Ecosoc), no sentido de que, tão logo fosse possível, deveria ser convocada uma Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano. A partir daí, seguiram-se, por quatro anos, reuniões preparatórias à Conferência de Estocolmo, destacando-se a realização de um Painel de Peritos em Desenvolvimento e Meio Ambiente, celebrado na cidade de Founex, em 1971, com especialistas de todo o mundo, o qual culminou com a elaboração do Relatório de Founex, considerado instrumento fundamental para consolidar conceitos que seriam posteriormente discutidos na Conferência de 1972. Em geral, as discussões nas reuniões preparatórias consistiram no embate proteção ambiental *versus* crescimento econômico.

Assim, já nos bastidores do evento de 1972, enquanto os países desenvolvidos (industrializados), conscientes da problemática ambiental (em grande parte produto do seu crescimento econômico), defenderam a proteção do meio ambiente, sendo que alguns chegaram inclusive a propor uma política do “crescimento zero”, os países em desenvolvimento foram terminantemente contra e defenderam o “crescimento econômico a qualquer preço”. Como consequência, a Conferência de Estocolmo foi marcada pelo conflito entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento.

Os terceiro-mundistas entendiam que não era justo que as nações industrializadas, já enriquecidas às custas da degradação ambiental, quisessem, agora, impor restrições ambientais ao crescimento das nações pobres. Para esses países superar a miséria econômica era seu objetivo primeiro, mesmo que, para isso, o meio ambiente tivesse que ser subjugado. A proteção ambiental era vista, pelos países em desenvolvimento, como um entrave ao seu crescimento econômico.

Entre os países que pregavam a tese do “crescimento econômico a qualquer custo” estava o Brasil. Nas palavras de Dias:

Para espanto do mundo, representantes do Brasil pedem poluição, dizendo que o país não se importaria em pagar o preço da degradação ambiental desde que o resultado fosse o aumento do PNB (Produto Nacional Bruto). Um cartaz anuncia: Bem-vindos à poluição, estamos abertos para ela. O Brasil é um país que não tem restrições. Temos várias cidades que

<sup>15</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

receberiam de braços abertos a sua poluição, porque o que nós queremos são empregos, são dólares para o nosso desenvolvimento<sup>16</sup>.

De fato, por um lado, naquele momento, o Brasil alcançou níveis elevados de crescimento econômico, mas, por outro lado, como resultado da política do “crescimento a qualquer custo”, a natureza revoltou-se e começou a dar sinais de que seus recursos são finitos. Os dados, segundo o estudo *Diagnóstico de desertificação no Brasil* e o jornal *O Estado de S. Paulo*, obrigam a refletir:

Manchas sinistras de desertificação já aparecem no pampa gaúcho, na região noroeste do Paraná, no nordeste e em vários pontos da Amazônia. O país continua perdendo em média 18,6 km<sup>2</sup> de área verde por ano, segundo relatório sobre desenvolvimento sustentável divulgado em 19 de junho de 2002 pelo IBGE. O Estado de São Paulo, economicamente o mais rico da Federação, perde, a cada ano, no processo de erosão, 190 milhões de toneladas de terra; a poluição produzida pelas fábricas de Cubatão, apesar dos avanços no controle de emissões, fruto da ação energética e pioneira do Ministério Público, abriu grandes ravinas na Serra do Mar, que ainda grita por socorro e ameaça desabar sobre o polo petroquímico e os habitantes daquela cidade<sup>17</sup>.

Diante das tensões entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano buscou trazer uma nova percepção das questões ambientais aos países em desenvolvimento, tentando demonstrar que para proteger o meio ambiente não é preciso estagnar o crescimento econômico, mas, sim, observar os limites dos recursos naturais nesse processo, e que o progresso a qualquer custo, a longo prazo, não é sustentável. Mas, apesar da tentativa, muitas nações pobres mantiveram a percepção proteção ambiental *versus* crescimento econômico. A China, por exemplo, apoiou os países menos desenvolvidos, conforme o discurso de Tang Ke, chefe da delegação chinesa na Conferência: “cada país tem o direito de definir seus próprios padrões e políticas ambientais à luz de suas próprias condições, e nenhum país, qualquer que seja, pode solapar os interesses dos países em via de desenvolvimento sob o pretexto de proteger o ambiente”<sup>18</sup>.

De qualquer forma, a Conferência de Estocolmo culminou com a elaboração de uma Declaração, um Plano de Ação e uma Resolução sobre aspectos financeiros e organizacionais no âmbito da ONU, além da criação do Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente.

<sup>16</sup> DIAS, op. cit., p. 36.

<sup>17</sup> Apud MILARÉ, op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> McCORMICK, op. cit., p. 107.

A Declaração, denominada Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano<sup>19</sup>, visava ser um guia, uma referência global, na definição dos princípios mínimos dos Estados para a preservação e melhoria do ambiente humano e não cláusulas de cumprimento obrigatório. A referida Declaração foi composta de Preâmbulo com sete pontos e mais 26 Princípios, sendo que esses últimos, na ótica de McCormick, podem ser agrupados da seguinte forma:

- 1) os recursos naturais deveriam ser resguardados e conservados, a capacidade da terra de produzir recursos renováveis deveria ser mantida e os recursos não renováveis deveriam ser compartilhados.
- 2) O desenvolvimento e a preocupação ambiental deveriam andar juntos e deveria ser dada toda a assistência e incentivo aos países menos desenvolvidos no sentido de promover uma administração ambiental racional (esse grupo tinha o propósito de tranquilizar os países menos desenvolvidos).
- 3) Cada país deveria estabelecer seus próprios padrões de administração ambiental e explorar recursos como desejasse, mas não deveria colocar em perigo outros países. Deveria existir cooperação internacional voltada para o melhoramento ambiental.
- 4) A poluição não deveria exceder a capacidade do meio ambiente de se recuperar e a poluição dos mares deveria ser evitada.
- 5) Ciência, tecnologia, educação e pesquisa deveriam ser utilizadas para promover a proteção ambiental<sup>20</sup>.

106

Houve, no entanto, muitas discordâncias acerca dos Princípios da Declaração, salvo quanto ao Princípio sobre o Fornecimento de Informações Referentes às Atividades Nacionais que teriam a possibilidade de surtir efeitos além das fronteiras. Além disso, o mais importante é que, por unanimidade entre os doutrinadores, a Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano é considerada um documento tão relevante quanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1945), no tocante ao direito internacional e também à diplomacia dos Estados.

O Plano de Ação, por sua vez, estabeleceu 109 recomendações mundiais para o meio ambiente. Essas recomendações estavam divididas em três categorias: avaliação ambiental (Plano Vigia), gestão ambiental e medidas de apoio. Entre as medidas de apoio, “a Recomendação n. 96 da Conferência reconhece o desenvolvimento da Educação Ambiental como o elemento crítico para o combate à crise ambiental do mundo”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Publicada no Brasil com o título *Uma terra somente*.

<sup>20</sup> McCORMICK, op. cit., p. 110.

<sup>21</sup> DIAS, op. cit., p. 36.

Por último, o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Pnuma) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, composto de um conselho de administração de 58 membros, delegados de Estados e de um secretariado, integrado por 181 administradores internacionais, com sede em Nairóbi (Quênia). Na ótica de McCormick<sup>22</sup>, mesmo com limitações e deficiências, a criação do Pnuma foi “o produto tangível de Estocolmo”.

Após 1972, como reflexo da Conferência de Estocolmo, foram adotados inúmeros tratados e convenções multilaterais, entre outros fenômenos, visando à proteção ambiental, tanto no âmbito nacional quanto internacional. Para exemplificar, pode-se citar o Brasil, que embora, a princípio, tenha defendido na Conferência o crescimento econômico a qualquer custo, na viagem de retorno ao país, a delegação que o representou naquele evento conseguiu do governo federal um decreto criando a Secretaria Especial do Meio Ambiente (Sema), a qual iniciaria suas atividades em janeiro de 1974. A Sema foi criada com o objetivo de “promover intensamente o esclarecimento e a educação do povo brasileiro para o uso adequado dos recursos naturais, visando à conservação do meio ambiente”<sup>23</sup>.

Contudo, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano marcou a tomada de consciência dos Estados em relação à crise ambiental, mas, ao revés, em que pese a elaboração da Declaração de Estocolmo, do Plano de Ação, a criação do Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e os tratados e convenções que surgiram a partir de 1972, a Conferência não repercutiu em mobilização dos Estados na busca pela proteção ambiental. Nesse diapasão, a professora Barbara Ward<sup>24</sup>, que assinou juntamente com René Dubos a obra *Uma terra somente*, resultado do relatório oficioso do evento de Estocolmo, observou que a “ação [dos governos] raramente cumpriu suas promessas. Para um número crescente de questões ambientais, a dificuldade não está em identificar o remédio, pois o remédio é agora bem compreendido. Os problemas estão enraizados na sociedade e na economia – e, por fim, na estrutura política”.

Logo, apesar da importância da Conferência de Estocolmo para a evolução do ambientalismo internacional, principalmente no que tange à conscientização de que a crise ambiental é global e grave, faz-se imprescindível que, além disso, os Estados tenham ações no sentido de pragmatizar a proteção ambiental. Esse fato, em última análise, depende de uma reestruturação do Estado, de um novo paradigma de desenvolvimento, em que o planejamento econômico não esteja disso-

<sup>22</sup> McCORMICK, op. cit., p. 111.

<sup>23</sup> ANTUNES apud LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Cidadania, educação e informação ambiental. Elementos relevantes no estado de direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (Coord.). *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 326.

<sup>24</sup> BARBARA WARD apud McCORMICK, op. cit., p. 109.

ciado do ambiental e do social, isto é, desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento. Essa forma de desenvolvimento passou a ser tida como meta somente a partir do Rio-92, como estudaremos a seguir.

### O novo paradigma: desenvolvimento sustentável

O precursor da ideia de desenvolvimento sustentável foi o norte-americano Gifford Pinchot, engenheiro florestal e primeiro chefe do serviço de florestas dos Estados Unidos, no século XIX. Gifford era contra “o desenvolvimento a qualquer custo” e, como frisa A. Diegues<sup>25</sup>, “defendia a conservação dos recursos naturais apoiado em três princípios básicos: ‘o uso dos recursos naturais pela geração presente, a prevenção do desperdício e o desenvolvimento dos recursos naturais para muitos e não para poucos cidadãos’”.

No debate oficial, o desenvolvimento sustentável foi introduzido, enquanto estratégia viável de combate à crise ambiental global, pelo Relatório de Founex (1971) e pela Conferência de Estocolmo (1972) e, posteriormente, foi repetido nas demais conferências sobre meio ambiente.

Também na década de 1970, merecem evidência, nessa perspectiva de desenvolvimento sustentável, as colaborações de Maurice Strong e Ignacy Sachs. Strong, em 1973, apresentou o conceito de ecodesenvolvimento, com o objetivo de adequar o crescimento econômico das áreas rurais dos países subdesenvolvidos à gestão racional dos recursos naturais. Mais tarde, Sachs, apoiado por Strong, estendeu o conceito de ecodesenvolvimento às áreas urbanas<sup>26</sup>. Porém, em geral o termo “ecodesenvolvimento” é aceito como sinônimo de desenvolvimento sustentável, inclusive por Sachs<sup>27</sup>: “Quer seja denominado ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável [...]”.

Ainda, avançando seus estudos sobre ecodesenvolvimento, o economista Sachs<sup>28</sup> aponta o tripé sobre o qual se consolida o ecodesenvolvimento: “equidade social, prudência ecológica e eficiência econômica”, o que significa que para o ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável se realizar, as ações precisam ser socialmente justas, ambientalmente corretas e economicamente viáveis. Em última análise, no processo de desenvolvimento sustentável, com o mínimo de utilização dos recursos naturais, deve-se obter o máximo de lucro e distribuí-lo de forma equânime entre os membros da sociedade.

<sup>25</sup> A. Diegues apud GIANANTI, Roberto. *O desafio do desenvolvimento sustentável*. In: FURLAN, Sueli Ângelo; SCARLATO, Francisco (Coord.). 5. ed. São Paulo: Atual, 1998. p. 9.

<sup>26</sup> Id.

<sup>27</sup> SACHS apud GUIMARÃES, op. cit., p. 94.

<sup>28</sup> SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel: Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993. p. 7.

Posteriormente, conforme as considerações feitas por Soares<sup>29</sup>, em 1985, a ONU, por meio de Assembleia Geral, atribuiu ao Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente a tarefa de reexaminar os principais problemas do meio ambiente e do desenvolvimento do mundo, bem como de elaborar soluções possíveis projetadas até o ano 2000 e subsequentes. Para executar essa tarefa, estabeleceu-se uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, presidida pela primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, sendo que o Brasil estava representado nesse colegiado pelo professor Paulo Nogueira Neto.

Em 1987, a Comissão Mundial apresentou à Assembleia Geral da ONU o resultado do seu trabalho, o Relatório Brundtland<sup>30</sup>, no qual estava inserido o conceito de desenvolvimento sustentável, nos seguintes termos: “[...] processo de mudança em que o uso de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais concretizam o potencial de atendimento das necessidades humanas do presente e do futuro [...]”<sup>31</sup>. Em outras palavras, desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades das presentes gerações, respeitando os limites do meio ambiente de maneira a garantir os recursos naturais necessários às gerações vindouras. Com a elaboração desse conceito, o Relatório Brundtland marcou o reconhecimento efetivo do desenvolvimento sustentável como um instrumento contra a degradação ambiental.

Nagendra Singh<sup>32</sup> afirma que com o Relatório Brundtland “o desenvolvimento sustentável veio a ser tido não só como um conceito, mas como um princípio do direito internacional contemporâneo”. O professor doutor Dias<sup>33</sup> complementa que o Relatório Brundtland “foi considerado um dos documentos mais importantes da década e até nossos dias constitui uma fonte de consulta obrigatória para quem lida com as questões ambientais”, e ainda alerta que “deveria sê-lo também para os economistas, políticos, industriais, planejadores, enfim, para os responsáveis pela tomada de decisões nos programas de desenvolvimento”.

Na sequência dos fatos sobre o tema proposto, realizou-se no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, a famosa Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cnumad), mais conhecida como Eco-92 ou Rio-92, também denominada Cúpula da Terra, em que ficou demonstrado que o modelo de desenvolvimento vigente não era sustentável e, por essa razão, na Declaração do Rio, foi adotado, como uma meta, o desenvolvimento sustentável, no sentido

<sup>29</sup> SOARES, op. cit.

<sup>30</sup> Publicado no Brasil com o título *Nosso futuro comum*.

<sup>31</sup> Apud SOARES, op. cit., p. 55.

<sup>32</sup> NAGENDRA SINGH apud TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 166.

<sup>33</sup> DIAS, op. cit., p. 44.

de tentar passar do conceito à ação. Para tanto, nomeou-se a Agenda 21 como um Plano de Ação e a Educação Ambiental como mecanismo estratégico na busca pelo desenvolvimento sustentável.

A Declaração do Rio utilizou a expressão “desenvolvimento sustentável” “em onze dos seus vinte e sete princípios”<sup>34</sup>. Assim, a título de exemplo, o Princípio 4 da referida Declaração<sup>35</sup> estabelece que: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. Dito de outra maneira, para alcançar o desenvolvimento sustentável não podem ser realizados planejamento econômico e planejamento social apartados do planejamento ambiental, isto é, o meio ambiente e o desenvolvimento devem ser enfocados em conjunto. Portanto, seguindo essa lógica, é equivocada a compreensão de que a proteção ambiental é um obstáculo para o desenvolvimento, pois, ao contrário, andam juntos.

Infelizmente, nesse início do século XXI, apesar do campo de trabalho do desenvolvimento sustentável ter sido muito bem preparado, em 1971 pelo Relatório Founex, em 1972 pela Conferência de Estocolmo, em 1987 pelo Relatório Brundtland, em que foi elaborado o conceito de desenvolvimento sustentável, pela Rio-92, em que o desenvolvimento sustentável passou a ser meta, e mais os estudos valiosos de Ignacy Sachs e Maurice Strong sobre o assunto, o modelo de desenvolvimento que impera tem sido alvo de muitas críticas, principalmente porque, embora com roupagem de sustentável, continua servindo aos interesses dos segmentos dominantes da sociedade.

Ocorre que, como a crise ambiental chegou no *quintal das casas*, o discurso hegemônico não teve mais como esconder tal problemática e, por esse motivo, precisou, no entender de Guimarães:

se apropriar do significado de sustentabilidade para trazê-lo adequadamente à sua compreensão de desenvolvimento, afeito à lógica instrumental da sociedade moderna – capitalista, urbana, financeira, industrial, globalizada. Essa proposta de desenvolvimento sustentável, de caráter reformista, reconhece o problema, mas propõe soluções seguindo a mesma lógica vigente<sup>36</sup>.

Milaré compartilha do mesmo entendimento de Guimarães, conforme a conclusão que apresenta:

Contudo, o desenvolvimento sustentável, por enquanto, é apenas um conceito, uma formulação de objetivos, e tem sido incluído, cada vez mais,

<sup>34</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

<sup>35</sup> Apud MILARÉ, op. cit., p. 53.

<sup>36</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 90.

na retórica desenvolvimentista, nos discursos dos que pregam o crescimento econômico constante. É um novo instrumento de propaganda para velhos e danosos modelos de desenvolvimento. Por isso, o desenvolvimento sustentável corre o risco de tornar-se uma quimera<sup>37</sup>.

Assim, fica exaustivamente demonstrada a dificuldade de o desenvolvimento sustentável ultrapassar as fronteiras da teoria e adentrar na esfera prática, visando solucionar a crise ambiental atual. No entanto, muitos autores, como José Rubens Morato Leite, Edis Milaré, Mauro Guimarães, Leonardo Boff e Paulo de Bessa Antunes, entre outros, apostam na Educação Ambiental como um instrumento estratégico na busca pela concretização do desenvolvimento sustentável, pois qualquer desenvolvimento que pretenda ter sustentabilidade, a longo prazo, necessariamente precisa começar pelo desenvolvimento humano.

## EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA A SENSIBILIZAÇÃO DAS CONSCIÊNCIAS

### Evolução do conceito de educação ambiental no mundo

A Educação Ambiental surgiu em decorrência da preocupação do homem com a crise do meio ambiente que ameaça a qualidade da existência, e, em última análise, a própria existência, das presentes e futuras gerações. Nesse sentido, Dias<sup>38</sup> informa que, em 1970<sup>39</sup>, “iniciou-se o uso da expressão *environmental education* (educação ambiental) nos Estados Unidos, a primeira nação a aprovar a Lei sobre Educação Ambiental (EE Act)”, sendo que, nessa época, a União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN)

definiu a Educação Ambiental como um processo de reconhecimento de valores e classificação de conceitos voltado para o desenvolvimento de habilidades e atitudes necessárias à compreensão e apreciação das inter-relações entre o homem, sua cultura e seu entorno biofísico<sup>40</sup>.

Em 1972, Mellows apresentou o seguinte conceito de Educação Ambiental: “[...] processo no qual deveria ocorrer um desenvolvimento progressivo de um senso de preocupação com o meio ambiente, baseado em um completo e sensível entendimento das relações do homem com o ambiente à sua volta”<sup>41</sup>. Ao que parece, nesse momento da História, o principal objetivo da Educação Ambiental era somente alertar os homens sobre os problemas do meio ambiente.

<sup>37</sup> MILARÉ, op. cit., p. 55.

<sup>38</sup> DIAS, op. cit., p. 34.

<sup>39</sup> Ano em que já estavam acontecendo as reuniões preparatórias para a Conferência de Estocolmo, a qual significou o marco da tomada de consciência dos Estados sobre a problemática ambiental.

<sup>40</sup> DIAS, op. cit., p. 98.

<sup>41</sup> MELLOWS apud DIAS, op. cit., p. 98.

No final da mesma década, em 1977, realizou-se em Tbilisi (Geórgia) a Primeira Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, a qual é considerada uma referência na evolução da Educação Ambiental, pois foi a mola propulsora para que a Educação Ambiental passasse a ser uma proposta pedagógica de fato, visando transformar a maneira de o homem pensar, agir e viver, e, dessa forma, fazê-lo um defensor das causas ambientais.

Nas décadas de 1980 e 1990, com o avanço da consciência ambiental, a Educação Ambiental cresceu e se tornou um instrumento indispensável para o desenvolvimento sustentável do planeta<sup>42</sup>. É nessa linha a sugestão de Leonardo Boff<sup>43</sup>: “para cuidar do planeta precisamos todos passar por uma alfabetização ecológica e rever nossos hábitos de consumo”.

Para tanto, em 1989, Meadows apresentou alguns conceitos sobre a Educação Ambiental, entre eles:

- é a aprendizagem de como gerenciar e melhorar as relações entre a sociedade humana e o ambiente, de modo integrado e sustentado;
- a preparação de pessoas para sua vida, enquanto membros da biosfera;
- significa aprender a empregar novas tecnologias, aumentar a produtividade, evitar desastres ambientais, minorar os danos existentes, conhecer e utilizar novas oportunidades e tomar decisões acertadas;
- o aprendizado para compreender, apreciar, saber lidar e manter os sistemas ambientais na sua totalidade;
- significa aprender a ver o quadro global que cerca um dado problema – sua história, seus valores, perspectivas, fatores econômicos e tecnológicos, e os processos naturais ou artificiais que o causam e que sugerem ações para saná-lo<sup>44</sup>.

Em seguida, em 1992, fruto da Rio-92 e do Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global que ocorreram paralelamente, acrescentou-se à definição de Educação Ambiental o caráter interdisciplinar, permanente e holístico do processo de aprendizagem. Assim sendo, a partir de então, o meio ambiente deve ser trabalhado de forma articulada em todas as disciplinas escolares e não em uma única matéria, por meio de um processo contínuo e que crie as bases para uma compreensão global da realidade, sem esquecer das peculiaridades nacional, regional e local<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. *Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico*. São Paulo: Cortez, 2004.

<sup>43</sup> Leonardo BOFF apud LEITE; AYALA, op. cit., p. 324.

<sup>44</sup> MEADOWS apud DIAS, op. cit., p. 98-99.

<sup>45</sup> DIAS, op. cit.

Mais tarde, na Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade: Educação e Conscientização Pública para a Sustentabilidade, ocorrida em 1997 na Grécia, conceituou-se a Educação Ambiental nos seguintes termos:

[...] um meio de trazer mudanças em comportamentos e estilos de vida, para disseminar conhecimentos e desenvolver habilidades na preparação do público, para suportar mudanças rumo à sustentabilidade oriundas de outros setores da sociedade<sup>46</sup>.

Finalmente, em 2003, Dias<sup>47</sup>, compilando alguns dos conceitos até o momento trabalhados, resume Educação Ambiental “como um processo por meio do qual as pessoas apreendam como funciona o ambiente, como dependemos dele, como o afetamos e como promovemos a sua sustentabilidade”.

Em suma, historicamente, o conceito de Educação Ambiental evoluiu à medida que o meio ambiente foi adquirindo mais e mais importância nos debates mundiais e nacionais. Desse modo, o conceito de Educação Ambiental sofreu alterações no decorrer da história do ambientalismo para se adaptar à realidade e, assim, tentar promover o desenvolvimento sustentável do planeta. Porém, já no século XXI, a Educação Ambiental, nos termos em que é conceituada, ainda não conseguiu efetividade para promover a tão sonhada sustentabilidade.

### Educação ambiental tradicional *versus* educação ambiental crítica

113

A Educação Ambiental tem sido, cada vez com mais vigor, introduzida no debate ambiental como um instrumento eficaz para superação da crise do meio ambiente; entretanto, na prática, essa educação tem-se mostrado precária para o fim a que se destina.

À luz teórica de Guimarães<sup>48</sup>, entende-se que a Educação Ambiental que hoje se apresenta procura conservar os paradigmas cientificistas que consolidaram a sociedade contemporânea (capitalista, urbana, financeira, industrial, globalizada, individualista, antropocêntrica, consumista, reducionista, exploratória etc.), e que também acarretaram a crise ambiental. Essa é uma maneira do discurso hegemônico fazer perpetuar o modelo desenvolvimentista atual, o qual, em que pese reconheça a crise ambiental, não altera seu modelo de crescimento econômico (exploração ilimitada a partir de uma base de recursos finita) em prol da proteção e preservação do meio ambiente.

O mesmo autor define Educação Ambiental corrente dessa forma:

---

<sup>46</sup> MEADOWS apud DIAS, op. cit., p. 99.

<sup>47</sup> DIAS, op. cit., p. 100.

<sup>48</sup> GUIMARÃES, op. cit.

Essa Educação tradicional e hegemônica é eminentemente teórica, informativa, pelo papel do professor como transmissor de conhecimentos, e é passiva, pelo autor ser o receptor desse conhecimento como verdade absoluta; portanto, inquestionável. Reforça valores fragmentários e individualistas quando acredita que a soma das partes (indivíduo) é que forma o todo (sociedade), quando não valoriza as relações entre as partes (relações sociais e ambientais), pois realiza a atomização do indivíduo na sociedade. É presa ao conteúdo dos livros sem contextualizar em uma realidade socioambiental, podendo, portanto, ficar restrita à sala de aula ou a uma reserva ecológica, não estimulando a interação crítica na realidade socioambiental. É uma Educação “bancária”, conservadora, pouco apta a transformações sociais, conforme denunciava o Mestre Paulo Freire<sup>49</sup>.

No entanto, em uma sociedade cada vez mais complexa como é a atual, a Educação Ambiental que pretenda solucionar os problemas que afetam o meio ambiente, viabilizando o desenvolvimento sustentável, deve superar essa “visão ingênua” de educação, pois assim como se apresenta “está longe de ser a síntese apaziguadora” da crise ambiental<sup>50</sup>. Para tanto, propõe-se uma Educação Ambiental Crítica, a qual potencialize, verdadeiramente, a superação da problemática ambiental que ameaça hoje a existência do homem e de todo o planeta. Como consequência, a construção dessa Educação Ambiental Crítica implica uma ruptura com os paradigmas positivistas fundantes da sociedade urbano-industrial contemporânea e, em contrapartida, a consolidação de novos paradigmas.

Nesse diapasão, Guimarães<sup>51</sup> e Carvalho<sup>52</sup> salientam que a Educação Ambiental Crítica deve perseguir os seguintes objetivos: promover a sensibilização, e, sobretudo, a mobilização à questão ambiental, pois, devido à gravidade da crise ambiental atual, não basta ter conhecimento dos problemas que afetam o meio ambiente. É preciso, urgentemente, ação nesse sentido, quais sejam, promover a compreensão dos problemas socioambientais em suas várias dimensões: social, econômica, histórica etc. (interdisciplinaridade), tendo o meio ambiente como o conjunto das inter-relações entre o mundo natural e o social, mediado por saberes locais, regionais, nacionais, global e mais os saberes científicos; engajar educandos e educadores na solução dos problemas ambientais, por meio de ações e práticas educativas dentro e fora das escolas, priorizando a construção do conhecimento complexo e a formação da cidadania ambiental; elaborar processos amplos de aprendizagem, fazendo ligações entre os conhecimentos já chancelados pela ciência e experiências que possam culminar com a elaboração de novos concei-

<sup>49</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 101.

<sup>50</sup> CARVALHO, op. cit., p. 153-154.

<sup>51</sup> GUIMARÃES, op. cit.

<sup>52</sup> CARVALHO, op. cit.

tos para aqueles que desafiam tentar entender o mundo; situar o educador como um coordenador de ações escolares e/ou comunitárias que oportunizem novos processos de aprendizagens sociais, individuais e institucionais; contribuir para a redução dos níveis alarmantes de uso dos recursos naturais, bem como para a distribuição justa desses recursos, almejando formas sustentáveis, justas e solidárias de desenvolvimento; e atuar cotidianamente, dentro do ambiente escolar e também fora dele, instigando novas situações e desafios para a participação de todos na resolução dos conflitos, com a finalidade de conectar a escola com a comunidade local e regional onde está localizada.

A par disso, observa-se que, para alcançar os objetivos a que se propõe, a Educação Ambiental Crítica deve alterar significativamente a metodologia de ensino da atual Educação Ambiental. Sendo assim, deve se preocupar em formar o homem enquanto cidadão historicamente situado, estudando as influências que o indivíduo exerce sobre o meio em que está inserido e as influências que o meio exerce sobre o indivíduo, ou seja, não se pode focar o indivíduo apartado de seu entorno, pois, desse modo, se estará fortalecendo a visão antropocêntrica que o homem desenvolveu com o cientificismo a partir da Idade Moderna<sup>53</sup>.

Além disso, a Educação Ambiental Crítica não deve se basear no simples repasse de conhecimentos consolidados no decorrer da História, como faz a Educação Ambiental Tradicional, mas estabelecer um elo entre as experiências do passado e o contexto do presente, porque é só assim que o homem estará apto a compreender o mundo em sua complexidade (totalidade) e não de forma simplista e fragmentada. Diante disso, Morin<sup>54</sup> afirma que “os desenvolvimentos próprios à nossa era planetária nos confrontam cada vez mais e de maneira cada vez mais inelutável com os desafios da complexidade... Em consequência, a educação deve promover a ‘inteligência geral’ apta a referir-se ao complexo, ao contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global”.

Trocando em miúdos, Guimarães sintetiza a Educação Ambiental Crítica dessa maneira:

[...] de forma contrária à Educação Tradicional, a Educação Ambiental Crítica volta-se para a ação reflexiva (teoria e prática – práxis) de intervenção em uma realidade complexa; é coletiva; seu conteúdo está para além dos livros, está na realidade socioambiental derrubando os muros das escolas. É uma Educação política voltada para a transformação da sociedade em busca da sustentabilidade<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> CARVALHO, op. cit.

<sup>54</sup> MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2003. p. 38.

<sup>55</sup> GUIMARÃES, op. cit., p. 102.

No entanto, implementar essa Educação Ambiental Crítica não é uma tarefa fácil e, nessa senda, o sábio Paulo Freire, uma das referências fundadoras da educação crítica no Brasil, destaca que a Educação Ambiental Crítica “é uma ‘Pedagogia da Esperança’, capaz de construir utopias, como um ‘inédito viável’, por aqueles que têm a firmeza da renúncia e a coragem de inovar”<sup>56</sup>. Logo, para que seja implementada, a Educação Ambiental Crítica depende da “firmeza da renúncia e da coragem de inovar” de cada um de nós, pois resolver os problemas ambientais que ameaçam a existência do homem e do planeta é responsabilidade de todos, conforme o art. 225, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

### O caráter crítico da política de educação ambiental brasileira – Lei n. 9.795/99

Antes de analisar, especificamente, a Lei n. 9.795/99 é importante destacar alguns eventos e legislações que antecederam e prepararam a sua promulgação.

Entre os grandes eventos a respeito da Educação Ambiental, sob a coordenação da ONU, que influenciaram a elaboração da Lei n. 9.795/99, cita-se, em especial, a Conferência de Estocolmo (1972) que, como já mencionado, reconheceu, na Recomendação n. 96 do Plano de Ação Mundial, “o desenvolvimento da Educação Ambiental como o elemento crítico para o combate à crise ambiental do mundo”. Também merece evidência a Conferência de Belgrado (1975), que culminou com a elaboração dos princípios e orientações para um Programa Internacional de Educação Ambiental; a I Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental, (Tbilisi, 1977), que precisou a natureza da Educação Ambiental, definindo seus objetivos, características e estratégias no âmbito nacional e internacional; o Encontro Regional de Educação Ambiental para a América Latina (Costa Rica, 1979), que consistiu em seminários para professores, planejadores educacionais e administradores; o Congresso Internacional sobre Educação e Formação Ambientais (Moscou, 1987), que estabeleceu as estratégias internacionais de ação, a partir das conquistas e dificuldades encontradas nas áreas de educação e formação ambientais desde a Conferência de Tbilisi; e, por fim, a Rio-92, como já referido neste trabalho, que abordou a Educação Ambiental como mecanismo estratégico na busca pelo desenvolvimento sustentável<sup>57</sup>.

No plano nacional, entre as legislações que serviram de base à Lei n. 9.795/99, destacam-se: a Lei n. 4.771/65, que instituiu o novo Código Florestal e prevê, de forma ampla, a Educação Ambiental no art. 42; a Lei n. 5.197/67, que dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências, contemplando a Educação Ambiental no art. 35, à luz da Lei n. 4.771/65; e, especialmente, a Lei n. 6.938/81 (regula-

<sup>56</sup> Paulo Freire apud GUIMARÃES, op. cit., p. 102.

<sup>57</sup> DIAS, op. cit.

mentada pelo Decreto n. 99.274/90), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e a Constituição Federal de 1988.

Dada a relevância da Lei n. 6.938/81 para a edição da Política Nacional de Educação Ambiental, sendo essa considerada um desdobramento daquela, cumpre transcrever o art. 2º, X, da Lei de 1981, nos termos que dispõe sobre a Educação Ambiental:

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

[...];

X – educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente.

Na sequência, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, contendo um capítulo sobre o meio ambiente e reservando o art. 225, § 1º, VI, para a Educação Ambiental: “[...] incumbe ao Poder Público: VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”. Assim, devido à perspicácia do constituinte, Dias<sup>58</sup> salienta que a Constituição Brasileira de 1988 “é considerada, na atualidade, constituição de vanguarda em relação à questão ambiental”.

Em ambas as legislações, infraconstitucional de 1981 e a Carta Magna de 1988, observa-se que a tônica é a participação popular na proteção e preservação do meio ambiente, sendo que, já na década de 1980, o legislador brasileiro objetivava promover a sensibilização das consciências para tal tarefa pela via da pedagogia ambiental.

Todavia, embora estivesse presente nos textos legislativos, o que ocorria na prática era diferente. A educação ambiental, salvo algumas exceções, mostrou-se amiúde ausente, e, se existente, era efetuada de modo insuficiente ou precário. Além disso, não havia um instrumento legal que de fato tratasse do assunto<sup>59</sup>.

Assim, com o campo de trabalho bem preparado pelos eventos e legislações que a antecederam e com o objetivo de fechar a lacuna existente em termos de

<sup>58</sup> DIAS, op. cit., p. 46.

<sup>59</sup> LEITE; AYALA, op. cit., p. 326.

Educação Ambiental, como sinalizam Leite e Ayala<sup>60</sup>, em 27 de abril de 1999 foi instituída a Política Nacional de Educação Ambiental pela Lei n. 9.795. Essa lei, como se observará pela análise dos artigos feita a seguir, contempla a Educação Ambiental Crítica, sendo, por isso, considerada por Milaré<sup>61</sup> uma revolução “pedagógica e didática”. Além disso, a Lei n. 9.795/99 conferiu ao Brasil o *status* de “primeiro” e “único” país da América Latina a ter uma legislação específica para a Educação Ambiental<sup>62</sup>.

A referida lei, composta de 21 artigos e regulamentada pelo Dec. n. 4.281/2002, trouxe no seu art. 1º o conceito de Educação Ambiental, *in verbis*:

Entende-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Interpretando esse conceito, conclui-se que a Educação Ambiental é formada por uma gama de processos, de cunho social, político, cultural, econômico etc., e não só relacionados à ecologia. Esses processos visam conscientizar e, acima de tudo, mobilizar todos, pessoas físicas e jurídicas, para a conservação do meio ambiente. O conceito relaciona, assim, a Educação Ambiental com a sustentabilidade (econômica, social e ambiental) do planeta.

118

Antunes acrescenta que o objetivo da Educação Ambiental, nos termos em que está conceituada, é promover a conservação (utilização racional dos recursos naturais) e não a preservação (manutenção da integridade dos recursos naturais) ambiental. E complementa o mesmo autor:

A definição constante do artigo 1º é extremamente importante, pois por ela se pode perceber que os processos de educação ambiental devem ter por finalidade a plena capacitação do indivíduo para compreender adequadamente as implicações ambientais do desenvolvimento econômico e social. [...] A lei, de forma correta, assimilou o conceito existente em nossa Lei Fundamental<sup>63</sup>.

Avançando no estudo legislativo, chega-se ao art. 2º da Lei n. 9.795/99 e nele está contido, segundo Milaré<sup>64</sup>, o “pensamento basilar” da Política de Educação

<sup>60</sup> LEITE; AYALA, op. cit.

<sup>61</sup> MILARÉ, op. cit., p. 680

<sup>62</sup> Ibid., 2005, p. 677; DIAS, 2003, p. 201.

<sup>63</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev. ampl. atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 251.

<sup>64</sup> MILARÉ, op. cit., p. 677.

Ambiental brasileira, nos seguintes termos: “A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal”. Para tanto, a Educação Ambiental no ensino formal está prevista nos arts. 9º a 12 e no ensino não formal no art. 13 da referida lei.

A Educação Ambiental no ensino formal, conforme o art. 9º, refere-se aos processos educativos que ocorrem dentro das escolas, tanto públicas quanto privadas, em todos os níveis (educação infantil, ensino fundamental, médio, educação superior etc.) e modalidades (educação profissional, educação de jovens e adultos, educação especial etc.) de ensino. Prosseguindo, o art. 10, aprovando a interdisciplinaridade acrescentada ao conceito de Educação Ambiental pela Lei-92, prescreveu que “a educação ambiental não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino”, ou seja, todas as disciplinas devem ser trabalhadas de modo a estabelecer um elo com o meio ambiente, o que propicia a compreensão do processo como um todo e não em partes, pois o meio ambiente não pode ser estudado de forma fragmentada, mas, sim, de forma articulada com seu entorno.

Milaré<sup>65</sup> comenta que, dada a interdisciplinaridade da educação ambiental no ensino formal,

os Parâmetros Curriculares Nacionais (PNCs), publicados para que cada escola adapte seu currículo à realidade local e faixa etária dos alunos, apresentam o meio ambiente como um dos assim chamados *temas transversais* na educação formal, “permeando os objetivos, conteúdos e orientações didáticas em todas as disciplinas, no período de escolaridade obrigatória”.

Todavia, para que o meio ambiente seja estudado de maneira interdisciplinar é necessário que os educadores estejam preparados para cumprir tão complexa missão. Por essa razão, a Lei de Educação Ambiental trouxe no art. 11 que “a dimensão ambiental deve constar dos currículos de formação de professores, em todos os níveis e em todas as disciplinas”. O parágrafo único vai além, estabelecendo que “os professores em atividade devem receber formação complementar em suas áreas de atuação, com o propósito de atender adequadamente ao cumprimento dos princípios e objetivos da Política Nacional de Educação Ambiental”.

Por sua vez, conforme o art. 13 da lei em questão, no ensino não formal, a Educação Ambiental refere-se às ações e práticas educativas que ocorrem fora do âmbito curricular das escolas, nas casas de cultura, associações civis, igrejas, entidades socioprofissionais, instituições governamentais, organizações não governa-

<sup>65</sup> MILARÉ, op. cit., p. 678-679.

mentais etc., “voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e a sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”.

O aspecto não formal amplia a noção de Educação Ambiental para além dos bancos escolares, contemplando toda coletividade, crianças, jovens, adultos e idosos, independente da função que exercem na sociedade. Assim, fica claro que a obrigação de educar ambientalmente não é apenas da família e da escola, mas dos vários segmentos da sociedade, tanto que o art. 3º da Lei n. 9.795/99 incumbe ao Poder Público, às instituições educativas, aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), aos meios de comunicação em massa, empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, à sociedade como um todo promover a Educação Ambiental da maneira que individualmente lhes couber<sup>66</sup>.

Ainda a respeito da Educação Ambiental no ensino não formal é valiosa a contribuição de Carvalho:

Tais práticas educativas não formais envolvem ações em comunidade e são chamadas de EA comunitária ou, ainda, EA popular. Estas dizem respeito a uma intervenção que, de modo geral, está ligada à identificação de problemas e conflitos concernentes às relações dessas populações com seu entorno ambiental, seja ele rural ou urbano. Nesses contextos, a EA busca melhorar as condições ambientais existentes das comunidades e dos grupos, valorizando as práticas culturais locais de manejo do ambiente. Nesse sentido, o ambiente apresenta-se como espaço onde se dá, na prática cotidiana, o encontro com a natureza e a convivência com os grupos humanos. É nessa teia de relações sociais, culturais e naturais que as sociedades produzem suas formas próprias de viver<sup>67</sup>.

Dessa forma, cabe lembrar que, embora a Lei n. 9.795/99 tenha distinguido a Educação Ambiental escolar da Educação Ambiental no ensino não formal, manteve-as interligadas pelo objetivo primeiro da referida educação: a sensibilização das consciências e a mobilização de todos na busca de soluções para os problemas que afetam o meio ambiente<sup>68</sup>.

Em complemento ao art. 2º, que na visão de Milaré<sup>69</sup> é o “pensamento basilar” da Lei de Educação Ambiental, são elencados nos oito incisos do art. 4º os princípios básicos da Política Nacional de Educação Ambiental, dentre os quais destaca-se: “o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo”; “a garantia de continuidade e permanência do processo educativo”; e “a abordagem articulada das questões ambientais, locais, regionais, nacionais e globais”. Fica

<sup>66</sup> MILARÉ, op. cit.

<sup>67</sup> CARVALHO, op. cit., p. 157.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> MILARÉ, op. cit., p. 677.

explícito que a democracia e a participação da comunidade no processo educativo de conscientização ambiental, bem como o caráter interdisciplinar e permanente desse processo, são a essência da nova lei.

Na sequência, o art. 5º da Lei n. 9.795/99 arrola nos seus sete incisos os objetivos da Educação Ambiental, sendo que um dos mais importantes, senão o mais importante deles, é “o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade”.

Cumpra destacar por derradeiro que a Política Nacional de Educação Ambiental, com fulcro no art. 1º do Dec. n. 4.281/2002,

será executada pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – Sisnama, pelas instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, pelos órgãos públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, envolvendo entidades não governamentais, entidades de classe, meios de comunicação e demais segmentos da sociedade.

O Órgão Gestor, dirigido pelos Ministros de Estado do Meio Ambiente e da Educação, é o coordenador dessa política (art. 2º), podendo consultar, quando necessário, o Comitê Assessor (art. 2º, § 3º).

Lamentavelmente, embora o art. 8º do Dec. n. 4.281/2002 tenha fixado o prazo de oito meses da data de sua publicação (ou seja, até 26 de fevereiro de 2003) para o Órgão Gestor definir as diretrizes para implementação da Política Nacional de Educação Ambiental, ouvidos o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) e o Conselho Nacional de Educação (CNE), até hoje as diretrizes não foram definidas. Isso significa que, apesar de a Lei n. 9.795/99 ter (só no plano teórico) uma Educação Ambiental Crítica, *não pegou*, sendo apenas uma mera declaração de intenções. Mas, apesar da dificuldade, acredita-se que somente pela via da Educação Ambiental Crítica será possível consolidar novos paradigmas na direção do desenvolvimento sustentável do planeta.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que o modelo de sociedade construído com a industrialização crescente e a conseqüente transformação do mundo em um grande centro de produção, distribuição e consumo, trouxe conseqüências indesejáveis ao meio ambiente, conseqüências essas que se agravam com muita rapidez.

A Conferência de Estocolmo (1972), que alertou os Estados para o fato de que a crise ambiental é global e grave, e a Rio-92, que definiu como meta o desenvolvimento sustentável para solução dos problemas do meio ambiente, foram eventos, sem dúvida, importantíssimos para o avanço do debate ambiental. Porém, não conseguiram mudar a maneira de o homem pensar e agir diante dos limites da natureza.

Assim, acredita-se que a superação da crise ambiental só será possível quando o homem compreender as causas dessa crise, em particular os reflexos da sua própria ação na natureza, bem como sua gravidade, e, a partir daí, venha a proteger e buscar soluções para os problemas ambientais.

Hoje, essa tarefa tão complexa está confiada à Educação Ambiental Crítica. No entanto, implementar essa educação exige mudanças substanciais no processo pedagógico, o que ocorre a longo prazo, tanto que a Política Nacional de Educação Ambiental brasileira, balizada pelo caráter crítico, foi instituída em 1999 pela Lei n. 9.795 e regulamentada em 2002 pelo Dec. n. 4.281 e, até hoje, não conseguiu definir sequer as diretrizes para implementação da referida política, sendo que o nó górdio da questão está justamente na dificuldade de a lei romper, na prática, com os paradigmas fundantes da sociedade contemporânea.

Contudo, bem ou mal, a caminhada da Educação Ambiental foi iniciada, o que é um avanço, porém, ainda há muito para ser feito por todos nós.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7. ed. rev. ampl. atual. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica*. Direito ambiental em questão. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. *Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico*. São Paulo: Cortez, 2004.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. 8. ed. São Paulo: Gaia, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 6. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIANSANTI, Roberto. O desafio do desenvolvimento sustentável. In: FURLAN, Sueli Ângelo; SCARLATO, Francisco (Coord.). 5. ed. São Paulo: Atual, 1998.

GRASSI, Fiorindo David. *Direito ambiental aplicado*. Frederico Westphalen – RS: URI – Campus de Frederico Westphalen, 1995.

GUIMARÃES, Mauro. Sustentabilidade e educação ambiental. In: CUNHA, S. B.; GUERRA, A. J. T. (Org.). *A questão ambiental*. Diferentes abordagens. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

JUNGES, José Roque. *Ética ambiental*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Cidadania, educação e informação ambiental. Elementos relevantes no estado de direito ambiental. In: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo (Coord.). *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 303-347.

MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista*. Tradução de Marco Antonio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2003. p. 35-46.

MORIN, Edgar. *Terra-pátria*. Tradução de Anne Brigitte Kern. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

SACHS, Ignacy. *Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel: Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. São Paulo: Manole, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

VIEIRA, Liszt. *Fragmentos de um discurso ecológico*. São Paulo: Gaia, 1990.

Data de recebimento: 06/04/2009

Data de aprovação: 06/10/2010



# A REDUÇÃO DOS CRITÉRIOS MATERIAIS DE LIMITAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

## THE REDUCTION OF MATERIALS CRITERIA FOR LIMITING FUNDAMENTAL RIGHTS TO THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Sérgio Roberto Maluf\*

*Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.  
São dotadas de razão e consciência e devem agir  
em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*  
(Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, 1948)

### RESUMO

Um direito fundamental pode sofrer limitação (do seu conteúdo) e consequente restrição (do seu exercício) mediante ações do legislador, atuando em busca de um limite externo explícito, não ditado diretamente no texto constitucional, mas por ele autorizado (*limite dos limites*). Critérios materiais são necessários para que se determine uma limitação ou restrição: justificação constitucional, preservação do núcleo essencial e observância de proporcionalidade. A análise pretende demonstrar uma possível redução dos dois primeiros critérios ao critério único da proporcionalidade, posto que passível justificação de constitucionalidade e, observadas as teorias existentes, preservar o núcleo essencial em sua essência mediante demonstração de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim.

**Palavras-chave:** Direito fundamental; Teoria externa; Teoria interna; Teoria relativa; Teoria absoluta; Limitação; Restrição.

---

\* Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelas Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL. Correspondência para / *Correspondence to:* Av. Sete de Setembro, 4214, cj. 1606, Batel, 80250-210, Curitiba-PR. E-mail: maluf@maluf.adv.br.

## ABSTRACT

A fundamental right may be limiting (its contents) and consequent be restricted (its exercise) by the legislature actions, acting in pursuit of an explicit outer limit, not dictation directly into the constitutional text but with its permission (limit of limits). Materials criteria are needed to determine whether a limitation or restriction: constitutional grounds, preserving the essential core and observed the proportionality. The analysis seeks to demonstrate a possible reduction of the first two criteria to the single criterion of proportionality, as likely reasons for constitutionality, and found existing theories, preserving the core element in its essence through demonstration of necessity, reasonableness and adequacy middle-order.

**Keywords:** Fundamental right; External theory; Internal theory; Relative theory; Absolute theory; Limitation; Restriction.

## INTRODUÇÃO

Se o conteúdo dos direitos fundamentais pode ser discutido pelas teorias absoluta e relativa, a atividade de restrição (do exercício) ou limitação (do conteúdo)<sup>1</sup> daqueles direitos é discutida pelas teorias interna e externa. A teoria interna prega a não limitação dos direitos fundamentais, sendo contrária, pois, a qualquer intervenção (e consequente imposição de limites). O conteúdo do direito fundamental é definido, segundo aquela teoria, desde seu início (os limites não são, assim, elementos externos ao conteúdo dos direitos, e qualquer fixação de elementos negativos seria mera ação declaratória, existindo “apenas e tão somente uma realidade que é o direito com um determinado conteúdo”<sup>2</sup>). Os defensores da teoria interna então não admitem qualquer possibilidade de restrição, já que tal seria uma “diminuição de seu conteúdo”<sup>3</sup>.

Já a teoria externa, de forma oposta, anota diferença entre conteúdo e restrições (que são elementos externos), sendo restringido não o conteúdo do direito em si, mas, sim, “sua proteção que se qualifica como um bem (*bem de proteção*)”<sup>4</sup>. O âmbito de proteção do direito fundamental não é idêntico ao âmbito de proteção

<sup>1</sup> FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78. O autor relaciona diferença entre limitação e restrição: “limites, no caso, se atribuem ao que a doutrina convencionou chamar limites imanentes, enquanto restrições é expressão reservada àquelas delimitações ao conteúdo inicialmente dada pela norma constitucional ao direito fundamental, por ação posterior de norma ordinária ou constitucional contemporânea”. Em outro ponto: “teorias que admitem a aposição *a posteriori* de limites ao conteúdo, ou restrições ao exercício dos direitos fundamentais...” (p. 148).

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 142.

efetivo<sup>5</sup>. Os fatores de motivação – e aí bem definida é a teoria como uma teoria liberal – são a liberdade e a propriedade, direitos anteriores ao próprio Estado. Eventuais intervenções (ainda alinhado ao pensamento liberal que determina direitos fundamentais como direitos de oposição do Estado e alçam a lei – e o Parlamento – a grau superior), caracterizadoras de uma “limitação ou restrição devem se dar através de lei em sentido formal e material, passível de sindicabilidade quanto à sua adequação à previsão constitucional de reserva legal”<sup>6</sup>.

Em apertada síntese temos que a limitação (do conteúdo) ou a restrição (do exercício) pode ser interna (definida diretamente no Texto Constitucional) ou externa (não definida na Constituição). Na primeira, interna, podemos ter limitação explícita (com anotação expressa) ou implícita (não expressamente referida – ao que os teóricos denominam *limites imanes*). Igual sorte tem a limitação externa, que pode ser explícita (definida pela base teórica como um *limite dos limites*) ou implícita.

Para fixação importa exemplificar: quando a Constituição, em seu art. 5º, inciso IV, diz que “*é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato*”, determina, desde já, um limite (de conteúdo) ao direito fundamental de manifestação livre do pensamento. Há, para esse caso, uma limitação interna (disposta no próprio Texto Constitucional) e explícita (com anotação expressa no teor da norma constitucional). Os limites internos, implícitos, ou *limites imanes*, por sua vez, serão decorrentes da dimensão objetiva de outro direito fundamental (a liberdade de expressão, por exemplo, vai até o limite do direito à privacidade de outrem). São momentos em que a Constituição não referencia, explicitamente, uma limitação (apesar de tal poder ser extraído do conjunto constitucional).

Fixado esse grupo dos limites internos, passamos a considerar os limites externos (não definidos na Constituição). Os limites externos implícitos permitem uma restrição sem que exista qualquer autorização para tal (o legislador ordinário poderia estabelecer limites imanes, fundados na dimensão objetiva dos direitos).

Entretanto – é tema que mais se apegamos ao estudo proposto – temos o *limite dos limites*. A Constituição assim estabelece no art. 5º, inciso XIII: “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. É claro que o exemplo citado traz em seu bojo um *limite dos limites*, ou seja, uma faculdade concedida ao legislador ordinário para que imponha restrição ao direito fundamental do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. É dizer: a restrição é autorizada expressamente pelo Texto Constitucional.

<sup>5</sup> FREITAS, 2007, p. 138.

<sup>6</sup> Ibid., p. 139.

Dentre os requisitos para a atividade de restrição da forma última demonstrada (*limite dos limites*), despontam aqueles formais (legalidade, reserva do parlamento e lei em sentido formal e material) e outros materiais (justificação constitucional, preservação do núcleo essencial e proporcionalidade).

A abordagem irá buscar sopesar a proporcionalidade, enquanto requisito material da atividade de restrição de um direito fundamental pelo legislador ordinário, notadamente quando importa – sob aquele aspecto material – considerar também as funções da justificação constitucional (ou fundamentação) e da preservação do núcleo fundamental. O questionamento, de forma mais precisa, busca aclarar se o requisito material será reduzido, sempre, a critérios de proporcionalidade, presentes que estariam em possíveis ponderações da justificação e da preservação do núcleo essencial.

## RESERVA LEGAL

Se os limites estão definidos na própria norma constitucional, se nos apresentam os limites internos, responsáveis pela anotação à atividade de limitação:

Deles se deve dizer, ainda, cuidarem-se especificamente de limites, e não de restrições, de vez que têm delimitado normativamente o âmbito de proteção em relação a determinadas hipóteses fáticas que vêm expressamente previstas<sup>7</sup>.

128

Interessam-nos, porém, aqueles outros, não previstos na norma, notadamente os que a própria Constituição determina ser tarefa do legislador ordinário sua definição.

Compreendidos em viés diferente daqueles limites internos (imanescentes ou explicitamente determinados pela Constituição), os limites externos expressos têm *autorização* constitucional para que o legislador infraconstitucional efetue uma limitação (de seu conteúdo) ou restrição (do seu exercício), por meio de reserva legal (simples ou qualificada) ditada pela norma constitucional<sup>8</sup>.

A reserva legal simples permite ao legislador ordinário, em momento posterior à instituição do direito fundamental, estabelecer-lhe limitação, diminuindo “o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma fundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação”<sup>9</sup>, sem que exista também, a partir da norma constitucional, qualquer mandamento para que se atinja um fim específico ou que se obedeça uma forma

<sup>7</sup> FREITAS, 2007, p. 144.

<sup>8</sup> Ibid., p. 145.

<sup>9</sup> Ibid., p. 163.

## A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

predefinida (consoante as determinações do art. 5º, II, da Constituição). São exemplos de reserva legal simples, entre outros, os incisos VI, VII e XV do art. 5º.

Outros casos há em que encontrará o legislador infraconstitucional uma reserva legal qualificada, estabelecendo condições especiais traduzidas em objetivos a serem atingidos ou as formas (ou meios) de que se pode valer para tal. Há, então, imposição de vinculação ao legislador:

o que caracteriza e distingue a reserva de lei qualificada é a circunstância de que a norma constitucional, assim como autoriza a restrição, condiciona seu estabelecimento ao exigir sejam atingidos determinados pressupostos ou perseguidos determinados objetivos<sup>10</sup>.

Para a reserva legal qualificada, diferentemente daquela reserva simples (na qual o legislador tem “aparente” liberdade para imposição de limites ou restrições), a fundamentação constitucional se nos apresenta como de maior envergadura, já que determinado é, ao legislador infraconstitucional, uma necessária *justificação* dos meios empregados e os fins atingidos, alinhados com aqueles determinados pela Constituição.

O art. 5º, inciso XIII, já citado, é exemplo de reserva legal qualificada. Questionam os teóricos, sobre a possibilidade, diante da reserva legal qualificada, de qualquer margem de ação para o legislador ordinário (que terá ação contrária aos mandamentos constitucionais quando ultrapassar “o permissivo constitucional”, estabelecendo limitação ou restrição diversa daquela que lhe é permitida).

Luiz Fernando Calil de Freitas cita, porém, que outras possibilidades de imposição de limites ou restrições podem ainda figurar quando de uma reserva legal qualificada:

diante de uma norma jusfundamental dotada de reserva legal qualificada, não se podem excluir as possibilidades de limites e restrições outros que não exatamente aqueles relativos aos fins a serem atingidos ou aos meios a serem adotados na busca de tal desiderato, desde que se mostrem razoáveis e, como tais, constitucionalmente adequadas ao sistema constitucional vigente<sup>11</sup>.

Anotado pode ser o posicionamento diverso de Robert Alexy, não alinhado com a teoria externa ou teoria interna, propondo que os direitos fundamentais são princípios e, por tal, constituem direitos *prima facie* que poderão ser afastados diante de um caso concreto.

<sup>10</sup> FREITAS, 2007, p. 165.

<sup>11</sup> Ibid., p. 167.

Estando o legislador diante de uma reserva legal simples, ou mesmo diante de uma reserva legal qualificada (com as possibilidades demonstradas de outras limitações ou restrições que aquela anotada no texto constitucional), necessário será o enquadramento constitucional sob critérios (materiais) de fundamentação, preservação do núcleo essencial e de ponderação.

## FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição desempenha, no ordenamento jurídico, uma função unificadora, opondo-se à produção exacerbada de regras por meio do legislador ordinário quando este a tem como norma superior, dotada de normatividade e que a todos obriga, resultando em submissão até mesmo do legislador<sup>12</sup>. A abordagem contemporânea eleva, pois, a Constituição a grau mais elevado, retirando, por bem dizer, espaço da lei em visão que não mais a enquadra como norma suprema (por ser fruto de um agir legislativo, por exemplo).

O direito se faz, então, pela normatividade que a própria Constituição possui, dela partindo e a ela se submetendo, quer ao que ditado pelos princípios, quer pelo que ditado pelas regras.

Ao legislador infraconstitucional é imperioso demonstrar, em seu agir, fundamentação que diga (e prove) do alinhamento aos preceitos constitucionais (insculpados nas regras ou princípios). Já não mais soberano – comprova-se – o legislador doravante também se sujeita à Constituição, dado que necessária e fundamental a justificação do ato espelhada na Carta Maior.

Ainda assim, inseridos dentro do espectro da permissão – ou onde ainda permitida a justificação – poderemos sempre ter um fundamento ou justificação constitucional (o ato de cuspir poderia ser criminalizado por espalhar bactérias nocivas à vida humana). Nesse toar, possível seria a qualquer direito fundamental sofrer qualquer tipo de limitação ou restrição.

A justificação do legislador passa, destarte, pela determinação do que seja um núcleo essencial (sob ótica das teorias absoluta e relativa) sem que seja prudente – demonstrar-se-á – falar-se em um núcleo duro, inatingível do direito fundamental. Ademais, tenha-se desde já fixada a necessidade de o legislador fundamentar sempre “cualquier medida o disposición restrictiva”<sup>13</sup>, ainda que tal represente “una cierta lesión de la libertad política de configuración legislativa y con ello, si se quiere, del principio de mayorías y de las correspondentes prerrogativas del Parlamento”<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, [s.d.]. p. 39.

<sup>13</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. [s.l.]: Editorial Trotta, [s.d.]. p. 238.

<sup>14</sup> Id.

## PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL

Além da justificação constitucional, ainda no âmbito dos requisitos materiais para limitação ou restrição de um direito fundamental (*limite dos limites*), é necessária a preservação do núcleo essencial daquele direito. A importância do tema conduz alguns teóricos a determinar o “dever” de proteção ao núcleo essencial<sup>15</sup>. Necessária, porém, a abordagem das teorias que tratam do conceito de núcleo essencial para que, após, possa ser considerada o requisito (ou o “dever”) de sua proteção. O resgate histórico nos conduz à Constituição de Weimar, com o necessário “preenchimento substancial dos direitos fundamentais para a lei ordinária, pelo que, em Weimar, o apelo à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais constituía uma tentativa de limitar, de algum modo, a margem de que dispunha o legislador democrático”<sup>16</sup>.

É justamente a possibilidade de limitação ou restrição que faz despontar um núcleo do direito fundamental, ao que se impõe, ao menos no sistema constitucional pátrio (artigo 60, § 4º, IV), uma especial proteção, vedando-se sua abolição ou, no dizer constitucional, qualquer detectável tendência de sua abolição. O trabalho primeiro e maior dos teóricos é imprimir contornos do que seja o núcleo de um direito fundamental.

O debate surge, inicialmente, sob duas óticas: uma que visualiza a possibilidade de determinação do conteúdo essencial somente mediante a apreciação do caso concreto e outra que, de forma diversa, visualiza aquele conteúdo essencial determinável, sempre, aprioristicamente (ou, em outro entender, como sendo determinado). A primeira visão faz alinhar seus simpatizantes em corrente determinada como “teoria relativa”. A segunda, por sua vez, é tida e denominada como “teoria absoluta”. Ambas de relevante importância para o entendimento do que seja o núcleo essencial ou o que seja efetivamente o conteúdo de um direito fundamental. Dessas teorias extrai-se uma terceira, captando ensinamentos de uma e de outra: a teoria mista, que será adiante abordada.

### Teoria relativa

Como já preambularmente citado, a teoria relativa parte do pressuposto de que o núcleo do direito fundamental (ou sua essencialidade) somente pode ser ditado mediante o caso concreto, ou seja: “toda restrição imposta a direitos fundamentais exige uma justificação”<sup>17</sup> (ainda que uma efetiva restrição esteja afeta

<sup>15</sup> FREITAS, 2007, p. 192.

<sup>16</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 2003. p. 779.

<sup>17</sup> FREITAS, 2007, p. 196.

a uma abordagem sob o viés das teorias interna e externa e, mais, trata de abordagem sobre diminuição do *exercício*; preferiríamos, conforme exposto em nossa introdução, falar que toda discussão do conteúdo – essa sim aborda por teorias absoluta e relativa – objetiva delimitá-lo para que uma *restrição* – do exercício, ou limitação – do próprio conteúdo possa ser discutida sob ótica das teorias *interna e externa*).

A discussão *a posteriori*, conforme a teoria relativa, irá determinar o conteúdo do direito fundamental, sempre relevado mediante o caso concreto, sendo pois *considerado*. A delimitação do conteúdo do direito fundamental irá resultar, sempre, da ponderação:

A denominação de relativa advém, pois, como facilmente se constata, da circunstância de que o núcleo essencial é variável a cada caso concreto, na dependência do resultado da ponderação que se efetive e da possibilidade ou não, à luz do princípio da proporcionalidade, de ser justificada uma determinada intervenção desvantajosa em um direito fundamental<sup>18</sup>.

132 Notável é o papel da justificação quando considerado o núcleo de um direito fundamental sob a luz da teoria relativa. Se necessária uma ponderação, *a posteriori* e mediante o caso concreto, a intervenção de limitação somente será levada a efeito quando há uma concreta e justificada fundamentação, ou seja, “*o limite é constitucionalmente correto quando se justifica razoavelmente na necessidade de preservar outros bens constitucionalmente protegidos*”<sup>19</sup>. É o caso no qual há direitos fundamentais incompatíveis entre si (direito de resposta e liberdade de expressão, por exemplo)<sup>20</sup>. Nesse diapasão, o ensinamento de Sanchís:

no tiene sentido desde esta perspectiva tratar de identificar en general un núcleo duro e innegociable para cada derecho fundamental, sino que el contenido esencial se obtiene al final del proceso de argumentación en cada caso concreto y a la vista de los derechos o principios en pugna<sup>21</sup>.

Nesses casos de incompatibilidade entre direitos fundamentais, importante papel terá a ponderação mediante o caso concreto, fazendo com que a teoria relativa se nos apresente como mais prudente e com melhor aplicabilidade e condizente com a proposta anotada no título do presente trabalho. Haverá, para a teoria

<sup>18</sup> FREITAS, 2007, p. 197.

<sup>19</sup> MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 22, apud FREITAS, 2007, p. 197.

<sup>20</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. [s.l.]: Almedina, [s.d.]. p. 284.

<sup>21</sup> SANCHÍS, Op. cit., p. 233.

## A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

relativa, a redução dos critérios materiais de limitação do conteúdo do direito fundamental a uma efetiva ponderação (com seus elementos de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim), equiparando o conteúdo essencial e exigência de justificação:

De esta manera, el contenido esencial se determina ante todo mediante una ponderación. Dependiendo del peso que los principios contrapuestos tengan en la ponderación, ésta puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente<sup>22</sup>.

### Teoria absoluta

Contrapondo-se à teoria relativa, a teoria absoluta vê o conteúdo do direito fundamental como sendo determinável, *a priori*, possibilitando visualizar-se do que é feito seu núcleo, independentemente de caso concreto ou de ponderação de outros direitos fundamentais. Haverá, para a teoria, um “núcleo fixo que no depende de la ponderación”<sup>23</sup>. A questão que de plano desponta no âmbito da teoria absoluta é a forma de determinação do conteúdo em si do direito fundamental:

Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo<sup>24</sup>.

A afirmação da existência de um núcleo duro “indisponible que no puede ser restringido en ningún caso”<sup>25</sup> leva-nos a considerar a impossibilidade, a um, do completo afastamento do direito fundamental, ainda que incompatível com outro em um caso concreto; a dois, de qualquer possibilidade de ponderação – ao menos da parte tida efetivamente como central – com a mesma parte de outro direito incompatível. Abordada uma “parte central”, ou “núcleo essencial”, remete a posicionamento que descortinará uma nova teoria: se há um núcleo, esse não é o todo, posto que somente ponto central (ou nuclear); se não é o todo, há de existir outra parte, para além do núcleo e que também compõe o conteúdo do direito fundamental, mas que – talvez – se nos apresentasse como passível de redução.

É de se notar, então, a existência de “uma esfera permanente de direito fundamental”<sup>26</sup>, que impõe barreira intransponível ao legislador, ainda que esse atue

<sup>22</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, [s.d.]. p. 99.

<sup>23</sup> Id.

<sup>24</sup> Ibid., p. 99-100.

<sup>25</sup> SANCHÍS, op. cit., p. 232.

<sup>26</sup> FREITAS, 2007, p. 198.

de forma justificada ou almejando a concretização de outro direito fundamental, e uma outra, na qual serão incluídas as hipóteses fáticas, podendo do conteúdo em questão tirar proveito ou então sucumbir a outro direito (ou outra parte não essencial mas imediatamente posterior ao núcleo essencial)<sup>27</sup>. A forma da teoria absoluta assim colocada confunde-se, em boa parte, com a terceira teoria proposta.

### Teoria mista

A existência de um núcleo do direito fundamental, que deveria ser objeto de preservação, não se nos apresenta como descabido em essência. A possibilidade de, mediante um caso concreto e direitos fundamentais incompatíveis, chegar-se a um resultado que busque efetivamente a tutela de ao menos um dos direitos também é algo que goza de aceitação por parte da base teórica que aborda o tema. Esse núcleo, porém, não poderia ser relativizado em sua essência, mas talvez em parte dele:

También la teoría llamada absoluta puede conducir a una relativización del contenido de los derechos fundamentales precisamente por centrar la construcción dogmática en la garantía del contenido esencial como algo que es objeto de una protección singularidad. (...) el contenido esencial del derecho es un núcleo duro, un *Kern*, o un *Wesenskern* absolutamente resistente a la acción del legislador. (...) Al concebir así el contenido esencial se evita ciertamente la relativización extrema a que conduce la teoría que identifica contenido esencial con justificación del límite, pero al mismo tiempo se corre el peligro de introducir una relativización de otra índole: si lo protegido es tan sólo el núcleo duro, el círculo interior, en torno a éste aparece un anillo integrado por una zona penetrable por el legislador<sup>28</sup>.

134

Prudente seria, assim, a existência ou proposta de uma teoria que fosse tanto elaborada com critérios da teoria absoluta como com critérios da teoria relativa: falamos de uma teoria mista do conteúdo essencial.

A combinação parte da anotação de um direito fundamental como regra (com conteúdo previamente definido) e a anotação do mesmo direito fundamental como um princípio (com conteúdo definido posteriormente, mediante o caso concreto). A questão é saber se uma norma (aquele direito fundamental) pode ser ao mesmo tempo uma regra (com funtores deônticos determinados) e um princípio (com funtores deônticos determináveis). Sobre o tema, o ensinamento de Borowski:

Si se quiere combinar ambas teorías, sería necesario presuponer la existencia de dos diferentes normas de derecho fundamental. (...) El punto

<sup>27</sup> FREITAS, 2007.

<sup>28</sup> BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. [s.l.]: Editorial Civitas, [s.d.]. p. 131-132.

## A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

de partida estaria em un núcleo absoluto, estricto, de los derechos fundamentales, que podría ser restringido por el Estado en ninguna circunstancia. Este núcleo estaría rodeado por una corona en la que las intervenciones estatales serían admisibles, siempre y cuando respetaran el principio de proporcionalidad en sentido amplio<sup>29</sup>.

A teoria mista, por bem dizer, dispõe o direito fundamental em camadas, preservando-lhe um núcleo intangível e permitindo, mediante a ponderação pregada pela teoria relativa, uma limitação mediante o caso concreto, reduzindo, mais uma vez, os critérios materiais para a ponderação em sentido *lato*.

A conjugação das duas teorias (absoluta e relativa, consubstanciada na teoria mista) vem determinar uma dupla barreira à limitação dos direitos fundamentais, requerendo, pois, que qualquer limitação seja justificada (com adoção de ponderação se preciso for) e que, ao mesmo tempo, seja preservado o seu núcleo essencial.

### Teoria interna

Exposta a temática das teorias que definem o conteúdo do direito fundamental, voltamo-nos com mais detença para a sua limitação ou restrição, com as teorias que também procuram explicar quando e como tal é possível.

Inicialmente, temos a teoria interna, identificando o conteúdo e a limitação (ou restrição) já anotada pelo próprio direito, ao que se vincula à teoria absoluta. Assume contornos de já configuração da limitação no âmbito da parte nuclear do direito fundamental, ou seja, em uma seita, por exemplo, pode ser que a ordem por ela seguida pregue a necessidade de todos os seus seguidores andarem sem roupas. Sob a ótica da teoria interna, uma eventual limitação não poderia atacar esse agir, posto que está internamente alinhada ao direito fundamental da liberdade de culto.

Fácil a visualização de elemento único ditado pela teoria para o direito e suas restrições, ou seja, a existência tão somente do “derecho con un determinado contenido”<sup>30</sup>, no qual é possível a substituição do conceito de restrição (ao que entendemos afeta ao exercício) pelo conceito de limite (do conteúdo do direito fundamental em uma possível limitação).

### Teoria externa

A teoria externa, por sua vez, prega uma limitação que estará, sempre, além do núcleo fundamental, o que resulta em alinhamento com a teoria relativa. Valendo-se ainda do exemplo citado para a teoria interna, para a teoria externa o

<sup>29</sup> BOROWSKI, op. cit, p. 101.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 269.

nudismo dos praticantes de uma seita é *externo* ao direito fundamental (integrada no âmbito da cláusula de ordem pública), possibilitando – justamente em função daquela não composição *interna* – sua limitação (ou restrição).

quien considere que el nudismo forma parte de la libertad de culto yo no incide en el concepto actual de orden público, deberá juzgar ilegítima toda norma que limite o restrinja su práctica; quien, por el contrario, siga pensando que dicha conducta está integra en el ámbito de la clausula limitadora, deberá aplicar sin más de la norma de limitación, pues según esta perspectiva nos encontramos ya fuera de la esfera de los derechos<sup>31</sup>.

Assim haverá, para a teoria externa, direitos que são restringidos (ou limitados), ainda que também possamos falar em direitos outros que não serão passíveis de restrições ou limitações:

... según la teoría externa, no existe ninguna relación necesaria entre el concepto de derecho y el de la restricción. La relación creada solo a través de una necesidad externa al derecho, de compatibilizar los derechos de diferentes individuos como así también los derechos individuales y los bienes colectivos<sup>32</sup>.

Se por um lado temos as vertentes absolutas e relativas abordando a temática do conteúdo do núcleo do direito fundamental, por outro temos vertentes internas e externas abordando as possibilidades de sua limitação. Aquelas primeiras, então, cotejando o conteúdo dos direitos, se único ou passível de estratificação (em um núcleo essencial e outro âmbito periférico); estas últimas discutindo, por seu turno, o conteúdo de tal direito (o que irá representar a possibilidade de seu exercício, além de delinear o campo da limitação). A limitação, enfim, liga-se à restrição: “Cuando se habla de ‘límites’ em lugar de ‘restricciones’, se habla de ‘restricciones inmanentes’”<sup>33</sup>.

## PROPORCIONALIDADE

Por fim, como último componente material dos limites externos explícitos (*limite dos limites*), está a proporcionalidade, citada já em várias abordagens, v.g., na discussão da teoria relativa (e também da teoria mista), como proporcionalidade em sentido *lato*, ou quando apregoada uma necessária ponderação.

A proporcionalidade, consubstanciada em uma demonstração de necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>34</sup>, vem se apresentar como

<sup>31</sup> SANCHÍS, op. cit., p. 228.

<sup>32</sup> ALEXY, op. cit., p. 268.

<sup>33</sup> Ibid., p. 269.

<sup>34</sup> Ao que encontramos também descrito como *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*; há destaque, ainda, para o *conteúdo material* do princípio da proporcionalidade, traduzido por dever de emprego do meio necessário para o fomento de um fim constitucionalmente legítimo,

## A redução dos critérios materiais de limitação dos direitos fundamentais...

o último dos elementos materiais para a atividade de limitação de um direito fundamental, juntando-se à fundamentação constitucional e preservação do núcleo do direito fundamental.

Importa desde já considerar que a proporcionalidade será aplicada, em forma necessária, quando adotada a teoria mista ou a teoria relativa, e, em alguma dose, se considerado o direito fundamental a partir da abordagem da teoria absoluta (o que implica dizer ser passível o critério de proporcionalidade, ou ponderação, no âmbito da teoria externa e em reduzida escala na teoria interna).

Alinhada àquela teoria mista (ou mesmo no tocante à teoria relativa, a proporcionalidade, tida sua observância como um dever<sup>35</sup>, deve imperar nas limitações que afetem tanto o núcleo essencial do direito fundamental como a parte a eles subsequente:

Mesmo quando comprovadamente não afete o núcleo essencial, a restrição à parte do conteúdo considerada não essencial deve pautar-se pela diretriz hermenêutica do princípio da proporcionalidade. (...) a partir dos critérios estabelecidos nos subprincípios que constituem o princípio da proporcionalidade é que se poderá, com segurança, definir se a restrição está efetivamente autorizada pela Constituição...<sup>36</sup>.

A necessidade (do meio), listada como subprincípio da proporcionalidade, se liga à busca que deve realizar o legislador pela opção menos gravosa, preservando, ao máximo, os outros direitos fundamentais afetados. A razoabilidade, descrita também como adequação do meio ao fim<sup>37</sup>, é a demonstração de forma mais adequada para “promover o atingimento da finalidade perseguida”<sup>38</sup> ou a pertinência entre os meios escolhidos e os fins desejados<sup>39</sup>. O último estrato compõe-se da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, os meios, além de necessária idoneidade, devem guardar proporcionalidade entre o custo e o benefício da medida<sup>40</sup>, o que implica dizer ser imperioso que, após a análise da necessidade e da adequação meio-fim, seja analisada “a relação custo-benefício existente entre o resultado obtido pelo emprego do meio eleito e a afetação desvantajosa a direitos fundamentais dele decorrente”<sup>41</sup>.

---

dever de empregar o meio menos gravoso para tal e que esse meio empregado tenha resultado proporcionalmente mais relevante do que o direito que foi afetado com seu emprego. Conforme FREITAS, 2007, p. 206-207.

<sup>35</sup> FREITAS, 2007, p. 205.

<sup>36</sup> Ibid., p. 205.

<sup>37</sup> Ibid., p. 207.

<sup>38</sup> Ibid., p. 208.

<sup>39</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007a.

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> FREITAS, 2007a, p. 211.

Há quem, porém, discorde dessa acepção clássica de proporcionalidade para limitação de um direito fundamental, já que não há de se falar em um ponto fixo a ser cotejado com os critérios utilizados na proporcionalidade clássica (para se saber se o meio empregado foi necessário, adequado, por exemplo). Na relação de direitos fundamentais, a relação entre a intensidade de eficácia e seus conteúdos jurídico-objetivos não permite ancoragem em ponto determinado:

La proporcionalidad que aqui se utiliza como parámetro de la ponderación no es ciertamente la proporcionalidad clásica. Esta tiene un punto fijo de referencia, el fin de la ley o de la norma legal, y determina a partir de éste (relacionalmente) la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Este punto fijo de referencia falta precisamente, y debe faltar, en la ponderación entre contenidos jurídico-objetivos de derecho fundamental y su intensidad de eficacia. (...) La proporcionalidad que aquí está en juego es una proporcionalidad-adequación<sup>42</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

138

A atividade de limitação de um direito fundamental contempla, por si, duas vertentes: uma que decorrerá da interpretação (dada pelo legislador) do que seja o núcleo fundamental de um direito fundamental (a ser limitado em função de outro que deve ser dotado de eficácia, regulação ou configuração); outra que decorrerá, identificada a primeira, dos resultados da proporcionalidade ditados pelo próprio legislador para fundamentar sua escolha.

Na primeira, o apoio virá das teorias relativa, absoluta ou mista, em possibilidades que – se demonstraram – têm melhor amparo quando consideradas as duas primeiras, fundando a teoria mista: uma parte essencial do direito fundamental que compõe seu núcleo e uma parte subjacente, que poderia sofrer intervenção mediante necessária e condizente justificação. Na segunda, amparo das teorias interna e externa, virá correlacionada com noção de ação externa ao núcleo essencial do direito fundamental.

A justificação, por fim, considerada a teoria mista para delimitação do que seja o núcleo (ou o próprio conteúdo) do direito fundamental, deverá ultrapassar e relacionar-se com o que é pregado pelas teorias interna e externa, já que afetado será não só o direito (por meio da limitação) como o seu exercício (em uma resultante restrição).

Se, por um lado, a ponderação pode resultar de critérios que – para alguns – apresentam-se como inseguros, por outro, a exigência da demonstração de requi-

<sup>42</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción de Juan Luiz Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1993. p. 124.

sitos de necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim (proporcionalidade em sentido estrito) vem determinar-lhe barreira impeditiva a quaisquer “aventuras legislativas”. A atividade legislativa, por si, acabará por ser reduzida, em seus critérios materiais, a um *limite dos limites* ditado pela proporcionalidade contemplativa que é de uma fundamentação que demonstre ser preservado seu núcleo essencial (por meio da demonstração da necessidade, razoabilidade e adequação meio-fim).

A atividade jurisdicional, se apreciada a ação legislativa, irá verificar inicialmente – e de forma objetiva – os critérios formais requeridos para a atividade de limitação (legalidade, reserva do parlamento e lei em sentido formal e material). Posteriormente, proceder-se-á à verificação subjetiva para os requisitos materiais (fundamentação constitucional, preservação do núcleo essencial e proporcionalidade) e o impacto que a limitação do conteúdo confere no tocante a uma restrição do exercício. O primeiro – legislativo – insere a proporcionalidade na análise do conteúdo (limitando-o); o segundo – judiciário – vale-se da mesma proporcionalidade para explicitar se o exercício (e sua restrição) é, de idêntica forma, feita de maneira a atender aos critérios materiais impostos pelo *limite dos limites*.

Um, legislativo, dita a proporcionalidade em abstrato. Outro, judiciário, dita a proporcionalidade diante do caso concreto. Ambas requerem – e necessitam: a) fundamentação amparada em justificação constitucional que se mostre *necessária, razoável e adequada*; b) fundamentação de que o núcleo do direito fundamental foi preservado, por meio de exposição *necessária, razoável e adequada* para aquele núcleo. Não há, pois, como excetuar, em qualquer andar de observância de critérios materiais, um *limite dos limites* que não se socorra de critérios de proporcionalidade, elemento último e delineador da melhor eficácia e aplicabilidade do direito fundamental em sua essência.

Ao fim, pode-se falar em uma razoabilidade, não confundida com uma proporcionalidade. Razoabilidade é inerente à ação humana, é lógica dessa ação, enquanto proporcionalidade é lógica formal que se aplica ao direito<sup>43</sup>. Destarte, o princípio da razoabilidade não se confunde com o subprincípio da razoabilidade, insculpido no princípio da proporcionalidade. Razoabilidade, em sentido da lógica da ação humana, é ter decisão permeada pela realidade fática, incorporada de valores.

O princípio da razoabilidade pode ser considerado, então, como um princípio síntese, que implica considerar mais do que explicitado pelos critérios formais e materiais do *limite dos limites*. Ultrapassados serão, por bem dizer, os requisitos de fundamentação, preservação do núcleo e da própria proporcionalidade.

<sup>43</sup> FREITAS, 2007a, p. 214.

lidade, atuando como uma *proporcionalidade amplíssima*, resultante das visões que lhe são características<sup>44</sup>: a) de *equidade* (verificável na relação entre as normas gerais e o caso concreto); b) de *congruência* (verificadora de atendimento das condições externadas da norma ao caso concreto); e c) de *equivalência* (aferindo a dimensão entre a medida a ser adotada e a medida efetivamente concretizada).

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. [s.l.]: Editorial Civitas, [s.d.].

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción de Juan Luiz Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl-Ges, 1993.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, [s.d.].

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007a.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais*. Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. [s.l.]: Coimbra Editora, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. [s.l.]: Editorial Trotta, [s.d.].

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. [s.l.]: Almedina, [s.d.].

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid (Espanha): Editorial Trotta, [s.d.].

Data de recebimento: 16/07/2009

Data de aprovação: 08/10/2010

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004 apud FREITAS, 2007a, p. 215.

**NOVOS PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS  
E A CRISE DE CONCEITOS:  
HÁ FUTURO PARA UMA TEORIA DO ESTADO?**

**NEW POLITICAL-SOCIALS MODELS  
AND THE CONCEPTS CRISIS:  
IS THERE FUTURE TO THE ESTATE THEORY?**

*Isaac Sabbá Guimarães\**

**RESUMO**

O presente artigo, após apresentar os limites metodológicos para o estudo do Estado como fenômeno político, traça o perfil das sociedades contemporâneas sob os influxos da globalização, pondo em causa a Teoria do Estado de Heller. Em seguida, procura estabelecer um ponto de equilíbrio entre sua problemática e a tensão existente entre os aspectos culturais do povo e as possibilidades para uma Teoria do Estado.

**Palavras-chaves:** Teoria do Estado; Sociedades contemporâneas; Globalização; Comunidade Europeia; Transnacionalidade; Unidade política; Estado-nação.

**ABSTRACT**

This paper first presents the limits of methods for State studies how political phenomenon, then draws the present societies lines that receive influences for the globalization, setting however the principles of Heller Estate theory. Moreover, pretends to settle an equilibrium point between their problems and the cultural national aspects and the possibilities for a State theory tension.

**Keywords:** State theory; Presents societies; Globalization; European Community; Transnational manifestation; Political unity; State.

---

\* Doutorando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí. Promotor do Ministério Público de Santa Catarina. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Uruguai, 222, Centro, 88339-900, Itajaí-SC, Brasil. E-mail: iguimaraes@mp.sc.gov.br.

## INTRODUÇÃO

O estudo do fato político, tido aqui na sua acepção mais estrita – excluindo-se, portanto, a política que ocorre no seio da *associação* do modelo weberiano, que é a coletividade de homens resultante de sua vontade<sup>1</sup> –, que bem pode ser depreendida já em Aristóteles, quando o filósofo entende a vida do homem como a própria essência da *pólis* e que, portanto, é vida social, fundada, irremediavelmente, em seu relacionamento com os organismos instituídos visando algum fim<sup>2</sup>. O estudo do fato político debruçar-se-á, em suma, sobre o fenômeno social que interage com o poder instituído na *pólis* helênica, no *Stato* da Renascença dos Médici e de Maquiavel, e, enfim, no Estado da modernidade. O Estado torna-se, dessa forma, o elemento polarizador da problemática política, não se podendo adentrar ao seu âmbito sem que se parta da análise de seus elementos conceituais, o *povo*, o *poder político*, a *soberania* e o *território*.

Se, como sustenta Heller, arrimado em sua teoria da unidade política idealizada como elemento geratriz do Estado, não se encontra uma ideia substancial desse ente ao longo da Idade Média, quando o poder político era fragmentário e policêntrico<sup>3</sup>, é na modernidade que aqueles aspectos conceituais serão mais bem arranjados: é o *povo*, grupamento de pessoas inter-relacionadas por causa de identidade cultural e pretensões convergentes, assentado numa base *territorial*, que engendra, a partir de expressões de domínio, o *poder político*, elemento moral apto

<sup>1</sup> Ao analisar a categoria, Caetano estabelece a diferença que há entre as modalidades de coletividade humana, referindo: “podemos dizer que as diversas formas de sociedade são *comunidades* quando, existindo independentemente da vontade dos seus membros, os indivíduos nelas se encontram integrados por mero facto do nascimento ou por acto que não tem por fim directo aderir a elas; são *associações* quando, criadas pela vontade dos indivíduos, resultam da união daqueles que a elas resolvam aderir, e que delas podem sair quando queiram”. Cf. CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed., rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996. t. I, p. 3.

<sup>2</sup> Já no capítulo I do livro I de sua obra mais conhecida, o estagirita, ao referir: “Como sabemos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem”, deixa entendido ser próprio do homem a satisfação de seus interesses antropológicos, como o da manutenção da espécie e sua autodeterminação, só alcançáveis através da associação em *pólis*, onde ocorre o (inter)relacionamento. E daqui já depreendemos, também, outro aspecto antropológico, que é a incompletude do homem, revelando-se especialmente pela falta de mecanismos instintivos que lhe permitam o enfrentamento dos perigos apresentados pela natureza. Daí o fato de o homem ser concebido pelo filósofo como um *zoón politikon*. ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Tradução da versão francesa de Marcel Prélôt: *La politique*).

<sup>3</sup> O politólogo alemão refere: “É patente o fato de que durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e no interior que atuara de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente”. Cf. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968 (Título original: *Staatslehre*).

a dar-lhe direção existencial. Mas a sociedade contemporânea passa por transformações abissais, decorrentes da evolução técnica e científica como a que se vê no domínio das comunicações, e das globalizações<sup>4</sup>, mormente a econômica. São aspectos que favoreceram um novo quadro para o ocidente, onde, por um lado, se constroem blocos econômicos que derrubam as fronteiras não só econômicas, mas políticas e jurídicas entre Estados comunitários, pondo em causa a ideia de Estado-nação (e, logicamente, a própria ideia helleriana de unidade política que lhe dá substancialidade) e, por outro, abrem ductos para a mobilidade migratória de grandes massas humanas à procura de melhores condições de vida, justificando o aparecimento do cidadão cosmopolita, que antes se interessa por uma residência, mesmo que transitória, porém que lhe provenha as necessidades, do que por um lar nacional. É nesse quadro que também aparecem organismos políticos e jurídicos, estatais ou não, transnacionais, que, devido às suas finalidades e atividades executórias planejadas para blocos de Estados, põem em causa a ideia de soberania. Estaremos, com isso, por um lado, diante de um *neomedievalismo*, no qual as expressões de poder são policêntricas e, muitas vezes, concorrentes nos vários níveis político-administrativos, minando, com isso, a existência do Estado, como alguns já sustentaram? Ou, por outro lado, na linha do que já afirmara Dallari, estamos passando por uma ingente necessidade de redefinição do Estado e do constitucionalismo? Há, por fim, ambiente científico para formulação de uma Teoria do Estado do devir?

São essas as indagações que se constituirão objeto deste artigo, mas que não podem prescindir, ao menos para que haja um bom concerto metódico, de rápidas palavras acerca da Teoria do Estado; a análise do quadro político e social do mundo globalizado e seu reflexo sobre o conceito de Estado e, por último, apoiados na teoria helleriana, uma tentativa – e, no espaço de um artigo, é apenas isso que nos cabe – de justificar uma Teoria para o Estado do devir. Para tanto, recorreremos ao método dedutivo para a formulação de nossa posição quanto à possibilidade de uma Teoria do Estado.

### O ESTUDO DO ESTADO COMO FENÔMENO POLÍTICO

O tratamento científico dado ao fenômeno político matiza-se numa variada gama de métodos, cada um especificado consoante o relacionamento do objeto estudado com a realidade social. É dessa noção que Caetano arranca para, pretendendo demarcar conceitualmente esse âmbito científico, afirmar que o estudo de

---

<sup>4</sup> Aderimos ao posicionamento de Sousa Santos, para quem há diversas manifestações de globalização, a econômica, a social e a política. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 25-102.

política não se confunde com arte, refutando, assim, a posição daqueles que veem na política “a arte de governar”<sup>5</sup>, afirmando, antes, que ele, como ciência, desenvolve-se em um sistema de conhecimentos, cujo objeto é a realidade<sup>6</sup>. No caso da ciência política, apenas para nos determos num dos ramos de estudos que tratam da matéria, seu enfoque é o fato político, “não como facto social relacionado com outros factos sociais, e sim como facto específico, desligado, quanto possível, dos outros factos sociais”. E arremata: a ciência política “estuda o *facto político* em si próprio, como tal, nas suas formas e manifestações, nacionais e internacionais, procurando descobrir as suas causas e regularidades”<sup>7</sup>. E essa ciência descritiva relaciona-se com outras de uma grande constelação, como a sociologia política, a filosofia política, a história das ideias políticas e das instituições, guardando com elas dois aspectos fundamentais: o primeiro, refere-se ao fato de servir-se das informações obtidas por perspectivas metodológicas distintas, mas que podem imbricar-se quanto ao estabelecimento de determinada descrição sobre política; o segundo, é o suposto de que cada ramo de conhecimento parte, dedutivamente, do fato político. Assim é possível tratar-se, *v.g.*, do modelo parlamentar de governo europeu por meio de vieses da sociologia política, da filosofia política, da história das ideias e instituições políticas, cada matéria interessando ao cientista político, quem, por meio do estudo empírico, elaborará a descrição dessa instituição. O objeto de política de que tratam é na sua acepção estreita, que conota com o fenômeno do poder – o poder estatal.

144

Mas a Teoria do Estado, se não pode autonomizar-se do problema político<sup>8</sup>, porque esse se insere no fenômeno do aparecimento e no próprio curso da vida do Estado, não se confunde com a ciência política, como já no início de sua obra capital adverte Heller: “A Ciência Política ocupa-se por princípio – e isto não é um juízo deontológico mas existencial – unicamente daquelas atividades políticas e formas institucionais de atividade que supõem um exercício autônomo de poder [...]”<sup>9</sup> e, mais adiante, arrematando seu conceito, irá afirmar que “[...] esta ciência ocupa-se, preferentemente, dos problemas que surjam em torno do Governo e da Legislação, e não dispensará a sua atenção, ou só o fará em circunstâncias especiais, aos da Jurisdição e Administração”<sup>10</sup>; já a Teoria do Estado, conquanto trate da realidade social e, por isso, correlacionando-se com a sociologia, a antropologia

---

<sup>5</sup> CAETANO, 1996, p. 15.

<sup>6</sup> Id.

<sup>7</sup> Ibid., p. 13.

<sup>8</sup> Heller critica, com acerto, a tentativa epistemológica de Kelsen de expurgar do domínio da Teoria do Estado toda noção política: “Só poderia crer na realização de tal sonho quem ousasse negar ao Estado a condição de realidade histórico-política” (HELLER, op. cit., p. 78).

<sup>9</sup> Ibid., p. 41.

<sup>10</sup> Ibid., p. 42.

cultural e política e a história, não tratará das instituições políticas, mas do próprio conceito do Estado, estabelecendo como seu problema fundamental “[...] a construção jurídica do Estado, das suas condições de existência e das suas manifestações vitais, ou (menos frequentemente) como enquadramento do Estado na dupla perspectiva de realidade jurídica e realidade social”<sup>11</sup>.

Mas a Teoria do Estado é, como já se afirmou, ciência da realidade – da realidade da vida estatal –, e, por isso, não pode, de modo absoluto, dissociar-se do mundo prático. É, aliás, o que fica entredito quando Heller delimita o método dessa ciência, afirmando que “[...] a Teoria do Estado é, em todos os seus aspectos, uma ciência sociológica da realidade que, considerando o Estado como uma formação real, histórica, se propõe compreendê-lo e explicá-lo causalmente mediante a interpretação da ‘conexão de atividade’ histórico-social”<sup>12</sup>. Por isso, terá perfeita coerência a proposta problemática do teórico alemão fixada “[...] em conceber o Estado como uma estrutura no devir”<sup>13</sup>.

Ocorre, entretanto, que para muitos teóricos a sociedade humana existiu durante um largo período sem o Estado. Heller, por um lado, ao afirmar a falta de unidade política de dominação durante a Idade Média, vê com ceticismo a afirmação de um Estado medieval e, por outro lado, fala de comunidades de vontade e de valores como diretriz para a formação da sociedade politicamente organizada. Por isso, “Uma Teoria do Estado – refere o teórico alemão – [...] tem de conceber o Estado partindo do conjunto da realidade histórico-concreta da sociedade”. E arremata: “O espírito e a forma desta sociedade civil real só poderão compreender-se perfeitamente se investigados sobre a base da sua evolução desde a Renascença e a Reforma”<sup>14</sup>. Em outras palavras, isso induz a compreender a existência do Estado já na Idade Moderna. Há, ainda, autores como Balladore Pallieri que chegam a indicar o ano de 1648, quando assinada a paz da Westfália, como a data em que o mundo ocidental se concebe politicamente organizado<sup>15</sup>. Essa vertente teórica estrutura-se sobre a ideia de território, de poder político como êmulo das aspirações de um povo e, ainda, sobre a possibilidade de autodeterminação da comunidade política nos planos interno e externo. Contudo, tendo como premissa o fato de que a sociedade humana nem sempre esteve organi-

<sup>11</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I, p. 24.

<sup>12</sup> HELLER, op. cit., p. 71.

<sup>13</sup> Ibid., p. 75. Em outra passagem, Heller afirma: “A Teoria do Estado propõe-se investigar a específica realidade da vida estatal que nos rodeia. Aspira a compreender o Estado na sua estrutura e função atuais, o seu devir histórico e as tendências de sua evolução”. p. 21.

<sup>14</sup> Ibid., p. 141.

<sup>15</sup> Cf. DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980. p. 50; do mesmo autor, *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

zada em forma de Estado, nada afasta a possibilidade de perecimento do Estado; e é o mesmo Pallieri quem prediz a dissolução dessa estrutura, especialmente em virtude de pressões externas, de organismos internacionais, *v.g.*, sobre a organização e o funcionamento dos Estados<sup>16</sup>.

Na atual quadra da história, talvez não seja acertado falar-se de hegemonia de um Estado imperialista, nem de uma tutoria de organismos internacionais que coloquem irremediavelmente em causa a soberania. Mas há, não resta dúvida, uma série de fenômenos atingindo os alicerces conceituais até há pouco aceitos pela Teoria do Estado. A crise econômica que ainda se experimenta, *v.g.*, não conhece fronteiras nem escolhe vítimas, podendo categorizar-se como global, abrindo fissuras na estrutura teórica acerca do Estado na medida em que se pensa no fortalecimento de políticas econômicas transnacionais. E, ao mesmo tempo em que cada Estado convergente para essa nova postura e alimenta as indagações conceituais, ter-se-á de repensar sua vocação política, econômica e jurídica. Isso já nos faz indagar sobre os rumos do Estado-nação e a própria teorização sobre o futuro do Estado.

## A GLOBALIZAÇÃO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS POLÍTICO-SOCIAIS

146

Se tomarmos o período pós-renascentista como marco, a partir do qual os Estados europeus vão se formar como unidades de domínio, orientados segundo uma noção de autodeterminação política, como, aliás, no âmbito teórico preconizava Maquiavel, então o referencial empírico conhecido é o da experiência do Estado-nação. É essa a ideia de Estado que temos tido ao longo de séculos, embora sua consolidação não tenha obedecido a um esquema de desenvolvimento retilíneo, mas, ao contrário, sujeitando-se às circunstâncias econômicas e de progresso humano e tecnológico. E toda consideração que se faça a esses aspectos parece tornar-se um pormenor despiçando, chegando a causar um grande estranhamento para o estudioso, por mais que ele possa atinar para as repercussões político-sociais causadas pela evolução técnica e científica, primeiro ao tempo dos descobrimentos, depois durante a Revolução Industrial entre os séculos XVIII e XIX. No entanto, já não poderemos desprezar os impactos político-sociais causados por dois movimentos que se entrecruzam na história recente do mundo ocidental: o do surgimento do bloco de Estados europeus, a Comunidade Europeia e o da globalização.

Como é sabido, as alianças de Estados sempre decorreram do interesse em manter a estabilidade e a paz nas relações internacionais. Foi assim com a malograda Liga das Nações, de curtíssima duração, e, posteriormente, com a ONU, sendo que essa se constituiu com pretensões de organismo supraestatal, inclusive

---

<sup>16</sup> DALLARI, 1980, p. 108.

com a possibilidade de estabelecer resoluções contra os Estados integrantes que divirjam dos programas político-humanitários. Contudo, o fim da Segunda Grande Guerra abriu, também, uma senda para a integração europeia que, no conclave de Haia de 1948, parece de todo factível ao firmarem os Estados participantes o objetivo de conciliação com a Alemanha, passando, antes, pela criação de vínculos políticos de estabilização das relações entre os Estados-nação<sup>17</sup>; “Não é de admirar” – afirma Castells – “que o primeiro passo rumo à integração europeia tivesse sido um mercado comum nos setores de carvão e aço”<sup>18</sup>, tendo Alemanha Ocidental, França, Itália, Bruxelas, Holanda e Luxemburgo, criado, em abril de 1951, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço; que foi o germe para, em 25 de março de 1957, Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo assinarem o Tratado de Roma, criando a Comunidade Econômica Europeia.

O propósito inicial de integração europeia logo vai sofrer alterações visando impedir que a Europa se tornasse “[...] colônia econômica e tecnológica das empresas norte-americanas e japonesas [...]”<sup>19</sup>, num período em que, por causa das crises econômicas de 1973 e 1979, vários Estados europeus encontravam-se combatidos. O Ato Único Europeu de 1987 colocava a pedra fundamental para a criação do mercado unificado, que apareceria em 1992, trazendo, no entanto, outros significados de maior alcance para a estruturação do Estado contemporâneo, uma vez que a estipulação de um mercado comum de capital, bens, serviços e mão de obra geraria um novo arranjo político e jurídico para os Estados comunitários. O efeito mais sensível disso, em termos conceituais, aparecerá no que se pode chamar cedência de parte da soberania dos Estados comunitários, que têm de se alinhar, especialmente, com relação às políticas econômicas. Ao tratar da entrada da Alemanha para a Comunidade Europeia, Castells menciona que o sacrifício do marco alemão passaria por três importantes compensações:

1. As economias europeias tinham de absorver as políticas deflacionárias que haviam se tornado necessárias para o alinhamento das políticas monetárias [...].
2. Os poderes das instituições europeias seriam reforçados, movendo-se para um nível mais alto de supranacionalidade [...].
3. A Alemanha, com o apoio da Grã-Bretanha, por razões próprias e diferentes, solicitou uma concessão adicional aos 12 membros da CE: a expansão da CE para o norte e para o leste<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Cf. CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. III, p. 386-387.

<sup>18</sup> Ibid., p. 387.

<sup>19</sup> Ibid., p. 388.

<sup>20</sup> Ibid., p. 389-390.

Tal arranjo de coisas, que se traduz na necessária adoção de políticas-padrão para os Estados comunitários, implica para cada um deles, reforçemos, mudanças para os programas de política internacional e de política econômica, a ponto de fazer-se *tabula rasa* de suas condições específicas, para não falarmos que isso põe também em causa o sentimento nacional.

Desenvolveu-se, durante esse mesmo período, talvez com mais ênfase após o fim da guerra fria e a queda do muro de Berlim, o fenômeno das globalizações que, embora paralelo ao processo de integração europeia, guarda com ele certa identidade. Afirmamos isso por dois motivos: a despeito da resistência à globalização econômica por setores organizados que formam grupos de pressão, a Europa experimentou-a, num primeiro momento, no âmbito continental; mas, no atual quadro histórico, o processo de globalização tem nos Estados daquele continente importante expressão. Exatamente porque seu peso econômico no Grupo dos 8 – o G8 –, em conjunto com as demais potências econômicas não europeias, força uma uniformização de políticas macroeconômicas em nível global.

Disso já podemos depreender que a economia é a via aberta para os fenômenos de globalização. E nessa vertente distinguiremos, como seus traços principais,

economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informática e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismos transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas desse país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África<sup>21</sup>.

As consequências são diversas, partindo da abertura das economias nacionais ao mercado mundial e chegando às transformações nas relações de contrato de trabalho, hoje muito mais flexíveis por causa da volatilidade das grandes indústrias, que são módulos facilmente adaptáveis a lugares onde se ofereçam menos custos fiscais e operacionais (a instalação de polos de produção em países do terceiro mundo ou em desenvolvimento, *v.g.*, já indica um novo âmbito de relações entre patrões e trabalhadores). Mas a viragem na realidade macroeconômica provocada pela globalização repercute, iniludivelmente, em outros setores da vida social, de forma que se pode inclusive falar de sociedade ocidental globalizada e de expressões culturais globais (pense-se na força colonizadora de determinadas culturas que transpõem fronteiras e se instalam minando aspectos de culturas nacionais ou locais, como se pode verificar, *v.g.*, quanto ao domínio do inglês como língua

<sup>21</sup> SANTOS, 2005, p. 29.

franca; ou do espanhol em relação aos muitos idiomas e dialetos de Espanha reduzidos, hoje, à contingência paroquial). Sousa Santos vai mais longe, referindo que “A imaginação pós-eletrônica, combinada com a desterritorialização provocada pelas migrações, torna possível a criação de universos simbólicos transnacionais, ‘comunidades de sentimento’, identidades prospectivas, partilha de gostos, prazeres e aspirações [...]”<sup>22</sup>, de um contingente humano, entendemos nós, que procura – melhor dizendo, aspira – essa mobilidade condizente com o homem que se pode chamar cosmopolita, por excelência. Na Europa comunitária a situação é mais sensível, em especial porque vem recebendo imigrantes de todas as partes, desde o leste do continente à banda norte da África, dando-lhe as feições cada vez mais pluriétnicas. As gerações de afrodescendentes ou de filhos de turcos perdem vínculos afetivos com o país de origem, mas não se sentem inteiramente europeus; basta que se atente para o fenômeno do uso do *chador* ou da *burca* muçulmana nas jovens, já nascidas em solo europeu, que, com essa manifestação simbólica de identidade cultural, provocam o autoisolamento; e, com isso, depreendemos uma nova faceta do individualismo (que preferimos denominar *isolacionismo*) da contemporaneidade. Beck observa que

Quem hoje viaja pela Europa e, evidentemente, pelos Estados Unidos, mas também pela América do Sul, Singapura, Tóquio ou Coreia do Sul e venha a perguntar o que move as pessoas, o que ambicionam, por que lutam, onde para elas acabam as diversões, encontrará o dinheiro, o posto de trabalho, o poder, o amor, Deus etc. Porém cada vez mais também encontrará as promessas do individualismo<sup>23</sup>.

149

O homem da contemporaneidade procura o isolamento, mesmo quando isso pareça paradoxal diante de todos os meios de comunicação que estão ao seu dispor. Mas o fato é que sua vida é absorvida pelo trabalho e pelas grandes corporações; que se prolongam até a casa, na qual está conectado à internet; que passa a ser mais do que um meio de comunicação, para se tornar o veículo para diversas atividades humanas, inclusive para relacionamentos (artificiais). Faria, analisando as consequências da globalização e do neoliberalismo sobre as sociedades contemporâneas, observa que “[...] as relações sociais têm crescentemente passado a se referir à interação entre as diferentes organizações das quais as pessoas fazem parte como empreendedores, executivos, sócios, trabalhadores, sindicalistas, prestadores de serviços, professores, estudantes, consumidores, pacientes etc.”<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> SANTOS, 2005, p. 45.

<sup>23</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008 (Título original: *Weltrisikogesellschaft*). Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

<sup>24</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 170.

Há, portanto, inúmeros veículos de intervenção – as organizações – na vida do homem que, na mesma medida em que se isolou, tornou-se cada vez mais apático com relação à sua vida político-social. Em suma, o isolacionismo do homem moderno – ou fenômeno de um novo individualismo, como preferem Beck e, entre nós, Faria – causa uma espécie de indiferença moral com relação a aspectos da vida social e nacional, e a participação política, que antes se fazia presente nas ruas, como é exemplo a *primavera de 1968* em Paris, é nos dias atuais bem mais modesta e faz-se efetiva principalmente por ocasião dos pleitos eleitorais. Touraine parece ainda mais cético a respeito das sociedades europeias quando menciona que a construção da nova Europa diluiu as identidades nacionais: “[...] esvaneceu-se o nacionalismo das grandes potências europeias; por todo o lado as pessoas dizem-se europeias para não terem de voltar a dizer-se alemão ou italiano”<sup>25</sup>.

## A UNIDADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

### O enquadramento paradigmático da teoria helleriana de Estado

Uma das mais exitosas e emblemáticas experiências de reconstituição de um Estado deu-se em 1947, com a criação do Estado de Israel, que, em 1948, David Ben-Gurion proclamou, no idioma que ressurgia do esquecimento e se tornaria oficial e segundo os anseios do sionismo, como *Medinat lehudit*, Estado Judeu. Mas a criação desse Estado é precedida de diversas circunstâncias históricas, culturais e, até, místicas, que merecem uma rápida visita. Em primeiro lugar, a diáspora do ano 1970 não foi total e muitos judeus permaneceram em Israel, principalmente em Jerusalém, a cidade de maior significado para o judaísmo e, portanto, catalisadora da atenção dos que se dispersaram pelo mundo. Os judeus, em segundo lugar, haviam passado toda a sorte de perseguições após a diáspora, desde sua expulsão de Espanha em 1492, decretada pelos reis católicos, até o holocausto da Segunda Grande Guerra, passando pelos *pogroms* do leste europeu, e isso reacendeu o desejo de retorno, idealizado no século XIX sob o dístico de *sionismo*<sup>26</sup>, não é de se esquecer que muitos judeus espanhóis, especialmente os místicos, rabinos e filósofos, como é o caso mais notório de Maimônides, retornaram para Israel na Idade Média, antes mesmo do decreto real de expulsão, evidenciando, desta forma, que os vínculos afetivos e um projeto de lar nacional nunca foram esquecidos pelos judeus da diáspora. Em terceiro lugar, incluindo-se de forma subjacente no aspecto cultural antes mencionado, o retorno, que não é apenas o regresso ao lar ancestral, mas o reviver do judaísmo que esteve sob risco

150

<sup>25</sup> TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma*. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005 (Título original: *Un nouveau paradigme*).

<sup>26</sup> O projeto do sionismo teve seu maior expoente em Theodor Herzl, que propõe o retorno dos judeus às terras ancestrais e escreve, em 1895, *Der Judenstaat*, O Estado Judeu.

de assimilacionismo e de desaparecimento, é por muitas formas explicado pela mística judaica, bastando-nos, entretanto, que leiamos os versos de Deuteronômio, 17, 14-15: “Quando fores à terra que o Eterno, teu Deus, te dá, e a herdares e nela habitares, e disseres: ‘Porei sobre mim um rei, como o fazem todas as nações que estão ao redor de mim’ – certamente poderás pôr sobre ti o rei que o Eterno, teu Deus, escolher”<sup>27</sup>. Tudo isso quer indicar-nos que havia a necessidade de um lar nacional para o povo judeu; que é a constatação mais óbvia e, portanto, livre de dúvidas. A questão de fundo é outra e é muito mais complexa de ser analisada, embora possa ser sintetizada da seguinte forma: os judeus, após as históricas perseguições, que remontam aos tempos bíblicos e avançam até a primeira metade do século XX, tinham como alternativas a adoção de uma postura de autoisolamento – o *isolacionismo*, mas num sentido diverso do que há pouco referimos – ou, ainda, a assimilação dos costumes dos povos predominantes, fragmentando sua cultura até a completa extinção; contudo, preferiram manter-se íntegros em relação a ela, como forma de opção existencial, mas que só podia ser levada a cabo em seu lar nacional, num Estado que pudesse ser seu; de forma que a criação do Estado de Israel traz ínsito esse aspecto de preservação do espírito de um povo; e o próprio Estado de Israel assume uma função existencial, na medida em que é a materialização dos projetos e anseios de seu povo. Nesse sentido, as palavras de Duchacek:

A resposta dos judeus, que se achavam dispersos por todo o mundo, à discriminação e à injustiça, produziu como resultado um profundo sentido de identidade e de unidade do grupo, especialmente quando a assimilação se havia demonstrado inaceitável para muitos judeus, assim como não judeus em diversos lugares do mundo. Depois da Primeira Guerra Mundial o sonho sionista de um Estado nacional, isto é, do regresso em massa ao antigo território de origem, e o programa nazista de exterminação massiva de todos os judeus uniram-se para converter a minoria dispersa judia numa moderna nação, o Estado de Israel<sup>28</sup>.

O exemplo aqui trazido serve-nos para a análise da teoria helleriana sobre a unidade política, que tem na compreensão da realidade social seu ponto de partida. Com efeito, Heller vê a efetividade política de autodeterminação de um povo e, por conseguinte, a própria razão do Estado, vinculadas às qualidades do povo ou à sua situação geopolítica. E isso passa antes pela formulação de uma ideia do que seja cultura.

<sup>27</sup> BÍBLIA HEBRAICA. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006, p. 197.

<sup>28</sup> DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y libertades en el mundo actual*. Tradução ao espanhol de Octavio Monserrat Zapater. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976 (Título original: *Rights liberties in the world today*). Fizemos aqui uma tradução livre do texto.

A existência de vínculos costumeiros e de tradição a fortalecerem a coesão de um agrupamento humano, dá-nos já um sentido para o entendimento de cultura cuja ideia, no entanto, requer mais. Heller, ao abordar a questão, refere:

Juntamente com os impulsos e instintos, [...] que constituem como o dote natural do homem, embora não sejam de modo algum imutáveis, existe (*sic*), além disso, determinadas formas de representação, hábitos mentais e tendências afetivas e volitivas, em uma palavra, atitudes psicológicas que guiam a conduta do homem por determinados caminhos e se constituem como que seu dote cultural<sup>29</sup>.

152 A cultura, portanto, segundo essa aproximação, acaba estabelecendo-se por meio de uma regularidade de costumes, mas, também, imiscui-se na psicologia de massa, que predetermina as formas de conduta e as pretensões de um povo. É, por consequência, condição existencial de um agrupamento humano. Disso pode arrancar-se, em primeiro lugar, a conclusão de que a cultura é o eixo em torno do qual gravitam as relações sociais de um povo, dando-lhe sentido e uma certa ordem; em segundo lugar, as expressões culturais, que podem se chamar de espírito do povo, transcendem, em verdade, o plano do ideal para concretizar-se em múltiplas formas de ação, e é por isso que Heller fala de “unidades coletivas de ação” ou “agrupamentos de vontade”. Nesse âmbito, “[...] cada indivíduo do grupo é portador de uma mediação social que irradia em todas as direções, produz-se um entrelaçamento simultâneo, de modo que, finalmente, se acha unido aos outros por uma conexão, embora essa nem sempre seja necessariamente consciente”<sup>30</sup>. Por outras palavras, é esse fenômeno que dá origem, *tout court*, ao que podemos chamar corpo social, que encontra seu espaço vital no Estado.

Ao comentar a Teoria do Estado de Heller, Bercovici salienta que a unidade tem aí aspecto fundamental, acrescentando que a preocupação daquele autor “[...] gira em torno do modo que o Estado pode atuar como unidade ativa e como forma histórica real na realidade histórico-social”<sup>31</sup>. E a unidade política ordenadora e ordenada é obtida, diz o mesmo comentador, numa relação de “[...] equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais [...]”<sup>32</sup>. As aspirações de um povo, seu projeto de vida coletiva, suas formulações éticas em

<sup>29</sup> HELLER, op. cit., p. 111.

<sup>30</sup> Ibid., p. 121.

<sup>31</sup> BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

<sup>32</sup> Id.

torno de problemas existenciais e políticos são exemplos de questões mediadoras da procura de unidade política.

Mas quando voltamos ao quadro anteriormente debuxado sobre as sociedades contemporâneas, vivendo um período no qual as barreiras culturais estão sendo pouco a pouco derrubadas, inclusive pela invasão de culturas que se podem dizer hegemônicas; e os jogos econômicos a prevalecer sobre os interesses nacionais e sobre qualquer consideração que se faça em torno do homem como ser ontológico; que, por sua vez, ao capitular diante das situações emergentes daqueles jogos, partindo para uma opção de anomia ético-política e de autoisolamento; terá cabimento pensar-se numa Teoria do Estado e na própria sobrevivência do Estado-nação?

### Bases para a teoria do devir do Estado

Num trecho de *O futuro do Estado* em que faz uma crítica à corrente de pensadores que propugna a ideia de fenecimento desse que é o objeto de nossos estudos, Dallari mostra-se não só otimista em relação à sustentabilidade de sua existência como realista, referindo que “Aquilo a que denominam ‘sintomas de dissolução do Estado’ são, na realidade, as transformações que o Estado vem sofrendo, não para extinguir mas, pelo contrário, para assegurar sua permanência”<sup>33</sup>. Parece que as palavras do jurista pátrio, escritas há quase trinta anos, não perderam sua atualidade, servindo-nos de apoio para o tratamento da série problemática proposta neste artigo, mas aqui deslocada para o feixe teórico de Heller. Tentemos melhor explicar.

As transformações conceituais da ideia de Estado do que, em verdade, correspondem às mudanças da realidade social, levadas a cabo quando sondado cada *hic et nunc* histórico-social, são imensas e não nos caberia aqui mais do que as arrolar de forma exemplificativa. Assim, o problema da unidade territorial, em outros tempos geralmente equacionado por soluções geopolíticas determinadas pelos Estados colonizadores, embora latente entre alguns poucos povos que aspiram por sua autodeterminação, como é o caso dos bascos, dos cipriotas dominados pelos turcos e dos palestinos, é, praticamente, coisa do passado. A soberania, que para Bodin era o poder supremo radicado no príncipe, quem ditava leis e a elas não se submetia – *princips a legibus solutus* –, sofreu redefinições determinadas pelo pensamento contratualista democrático do século XVIII e que mais tarde viria a ser relativizado ante os conflitos de interesses dos Estados, até chegar-se ao ponto em que o direito comunitário, hoje em fazimento na Comunidade Europeia, concerta os aspectos mais destoantes de expressões políticas nacionais de cada

<sup>33</sup> DALLARI, 1980, p. 109.

Estado, por meio de determinações supranacionais vinculativas a todos os Estados comunitários. Mas, entre esses dois elementos conceituais, de todo em todo problemáticos, há um aspecto subjacente de não menor importância e que conota com o que há pouco dizíamos da teoria da unidade, que se refere ao perdimento de identidade nacional, fenômeno especialmente localizável entre os europeus da contemporaneidade.

Ora, se para a fundamentação de um Estado a premissa helleriana da unidade espiritual e de ação de um povo é determinante, como vimos no caso modelar da criação do Estado de Israel, a questão que agora se nos apresenta é bem diversa: a possibilidade de dissolução da nacionalidade num meio de globalização econômica, comprometendo a própria identidade do povo, a ponto de chegar-se à anomia ético-política, coloca em risco os fundamentos do Estado-nação?

Antes de mais, cumpre destacar que o horizonte com o qual estamos trabalhando é o da realidade social que, segundo a concepção de Heller, permite amoldar a específica realidade do Estado. Por outras palavras, só se poderá depreender uma teoria para o dever do Estado dentro dos limites experimentáveis da realidade social. Isso conduz-nos a uma prospecção não muito aprofundada do terreno em que estamos a trabalhar, especialmente quando percebemos que a questão cultural é ainda recorrente entre os estudiosos, da mesma forma que se evidencia uma reação contra aquilo que Sousa Santos denomina globalização hegemônica. Expliquemos, tomando como apoio paradigmático a experiência europeia.

154

Em primeiro lugar, apesar de a integração de 27 Estados europeus ter causado consideráveis modificações no plano de sua política econômica e social, chegando a afetar um patrimônio muito caro aos europeus, que é o Estado do bem-estar, agora redimensionado segundo as balizas neoliberais instaladas naquele continente desde Margaret Thatcher, não parece que isso tenha determinado o fim da consciência cultural. É a conclusão a que chega, expondo por outra forma, o sociólogo francês Alain Touraine, ao referir que a evolução operada na Europa implicou para os europeus “[...] abandono de todo o nacionalismo, abertura à diversidade do mundo, mantendo-se contudo profundamente ligados ao país que os modelou, tanto pelas suas instituições, pela sua língua, pela sua literatura como pela sua história”<sup>34</sup>. Por outras palavras, o espírito de coesão existente em cada povo europeu é, ainda, possível, e manifesta-se, no plano prático-político, por certas atitudes de resistência que expõem as fragilidades da União Europeia, como se verificou pela rejeição da Constituição Europeia pelos franceses e holandeses. Bercovici, ao tratar desse fato, vai mais longe, referindo que ele trouxe “[...] à tona novamente o debate sobre as possibilidades da democracia e da manifestação do

<sup>34</sup> TOURAINE, op. cit., p. 49.

poder constituinte do povo para além da esfera estatal<sup>35</sup>, num momento em que os estudiosos apontam para o enfraquecimento dos mecanismos democráticos na Europa, devido à estruturação burocrática da Comunidade Europeia sob a forma de conselhos, cujos integrantes são a representação ínfima de cada Estado comunitário, ou seja, permanece, ainda que exposta a risco, a condição existencial dos povos europeus, pelo fato de identificarem sua cultura ao Estado de origem, o que, em consequência, reivindica ações mediadoras coerentes.

Em segundo lugar, as globalizações têm sofrido, como antes referimos, alguma oposição por parte de grupos organizados, especialmente pelo que representa de pernicioso sua vertente econômica. Uma oposição surgida, ao que parece, devido à tensão problemática. Ao tratar da questão, Sousa Santos lembra que “[...] se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos<sup>36</sup>. De um lado, existe a globalização hegemônica, que se pode definir como “[...] o processo através do qual um dado fenômeno ou entidade local consegue difundir-se globalmente e, ao fazê-lo, adquire a capacidade de designar um fenômeno ou uma entidade rival como local<sup>37</sup>. Decorre desse processo de globalização um natural fomento de exclusão, especialmente dos aspectos locais mais vulneráveis, porque incapazes de fazer frente à força econômica. Mas, em contrapartida, Sousa Santos identifica em outras formas de globalização, designadamente o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade, uma reação a esse estado de coisas, a que denomina de globalização contra-hegemônica. Explica:

Em todo o mundo os processos hegemônicos de exclusão estão a ser enfrentados por diferentes formas de resistência – iniciativas populares de organizações locais, articuladas com redes de solidariedade transnacional – que reagem contra a exclusão social, abrindo espaços para a participação democrática, para a construção da comunidade, para alternativas a formas dominantes de desenvolvimento e de conhecimento, em suma, para novas formas de inclusão social<sup>38</sup>.

É claro que o sociólogo português não desconhece a fragmentariedade do fenômeno de globalização contra-hegemônica, contudo vê nele a possibilidade de refreamento dos males causados pelas outras modalidades de globalização, inclusive para a salvaguarda das múltiplas “pequenas humanidades<sup>39</sup> que se veem discriminadas e oprimidas.

<sup>35</sup> BERCOVICI, op. cit., p. 343.

<sup>36</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 194-195.

<sup>37</sup> Ibid., p. 195.

<sup>38</sup> Ibid., p. 195-196.

<sup>39</sup> Ibid., p. 216.

A encruzilhada entre o localismo e a globalização em que as sociedades contemporâneas se encontram é, só por si, a demonstração cabal de que o organismo cultural de cada povo é realidade indesmentível e sua condição existencial. Se, de fato, como acreditamos, existe essa tensão entre o localismo cultural e a globalização, é porque há uma força atuante, reivindicando um espaço próprio para a criação de unidade política e existencial dos povos. Esse espaço para a dissolução do nó problemático não pode ser nenhum outro além do Estado, por meio da intervenção democrática e das instituições políticas nele criadas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já advertira Heller, não se pode imaginar uma Teoria “geral” do Estado apoiada em pressupostos de universalidade e de atemporalidade, porque o Estado, como manifestação da vida em sociedade, está indissociavelmente ligado às representações da realidade social, por isso refletindo em suas instituições políticas aquilo que a sociedade é a cada momento de sua trajetória na história. Poderíamos inclusive dizer, à maneira própria de Ortega y Gasset, que o Estado é a expressão da existência *radical* do homem, ou seja, é o fundamento da vida coletiva. Mas, no atual momento, as globalizações – que como um feixe de fenômenos conduz aspectos tecnológicos, de comunicação, de mercado etc. – vêm causando transformações nas sociedades, atravessando os quadrantes onde antes os politólogos estabeleciam categorias de acordo com o lado a que pertenciam na guerra fria ou segundo o grau de desenvolvimento dos Estados.

A globalização econômica, impulsionada pela força do capitalismo, aliada à plataforma do neoliberalismo, por um lado, causa sensíveis impactos não apenas nas políticas econômicas, mas, de forma reflexa, nas políticas sociais, como deixa evidente a remodelagem do *Welfare State* europeu. Se beneficia uns, logicamente causa prejuízo a outros, havendo quem, como Sousa Santos, fale de seus efeitos de exclusão social. Por outro lado, a criação de blocos econômicos, e mesmo a ultrapassagem desse estágio pela experiência da Comunidade Europeia, potencializa a criação de organismos políticos transnacionais, nos quais a ideia de democracia representativa é cada vez mais mitigada. E, nesse caudal de intensas transformações, observa-se não só o distanciamento do cidadão da esfera ativa da democracia, como sua gradativa perda de interesse pelos assuntos nacionais. Há nisso o potencial risco de estabelecer-se uma verdadeira anomia ético-política, quebrando-se os vínculos entre os cidadãos e o Estado-nação.

Há, no entanto, como a sociologia vem observando, expressões de resistência contra esses perigos por ações decorrentes da coesão cultural de certos povos, para além da globalização contra-hegemônica impulsionada por grupos, associações, organizações, ações coordenadas etc. Em qualquer caso, são fenômenos democráticos que encontram no Estado o espaço adequado para se manifestarem.

Esses são indicativos que devem ser considerados para a sustentação de uma Teoria do Estado, que arrancará, segundo entendemos, dos seguintes pressupostos: 1. há uma tensão entre aspectos locais e globalizantes, da qual sobressai o culturalismo como elemento fulcral desse fenômeno; 2. embora seja possível falar-se, de forma geral, de cultura ocidental e de uma globalização cultural hegemônica, a tensão anteriormente mencionada tem nos localismos culturais um de seus polos; 3. como as culturas não ficam no plano abstrato, mas são projetadas para o nível das ações, num esquema dialético como o proposto por Heller, pensa-se ser ainda possível falar-se em unidade política daí decorrente; 4. que terá sua formulação privilegiada por sólida experiência democrática; 5. é, ainda, a unidade política fator de justificação da existência do Estado-nação, mesmo que se possa imaginar um espaço democrático transnacional de reduzidos conflitos políticos.

### REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Tradução da versão francesa de Marcel Prélot: *La politique*).

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida. Tradução de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 325-343.

BÍBLIA HEBRAICA. Versão de David Gorodovits e Jairo Fridlin (baseada no hebraico e à luz do Talmud e das fontes judaicas). São Paulo: Sêfer, 2006.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed., rev. e ampl. por Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 1996. t. I.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v. 3.

DALLARI, Dalmo Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo Abreu. *O futuro do Estado*. São Paulo: Moderna, 1980.

DUCHACEK, Ivo D. *Derechos y libertades en el mundo actual*. Tradução ao espanhol de Octavio Monserrat Zapater. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1976 (Título original: *Rights liberties in the world today*).

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I.

*Isaac Sabbá Guimarães*

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Linha de horizonte. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma*. Para compreender o mundo de hoje. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

Data de recebimento: 23/03/2010

Data de aprovação: 21/10/2010

# A TRANSNACIONALIDADE E A EMERGÊNCIA DO ESTADO E DO DIREITO TRANSNACIONAIS

## TRANSNATIONALITY AND THE EMERGENCE OF TRANSNATIONAL STATE AND LAW

**Paulo Márcio Cruz\***

**Zenildo Bodnar\*\***

*O movimento democrático transnacional é o único sinal de esperança na luta contra a iniquidade do mundo em que vivemos.*

Boaventura de Sousa Santos<sup>1</sup>

### RESUMO

Estas reflexões iniciais destinam-se ao necessário debate e objetivam contribuir para o estabelecimento da base conceitual e de caracterização para as categorias: Transnacionalidade, Estado Transnacional e Direito Transnacional. O que justifica a elaboração deste artigo são as profundas mudanças decorrentes da intensificação dos desdobramentos do fenômeno da globalização, que acabaram por provocar, por intermédio de crises multidimensionais, o fenecimento ou obsolescência do modelo de Estado Constitucional Moderno, bem como a necessidade de novos espaços públicos com novas estratégias de governança, regulação e intervenção alicerçadas em pauta axiológica comum transnacional.

**Palavras-chave:** Transnacionalidade; Estado transnacional; Direito transnacional.

---

\* Pós Doutor em Teoria do Estado na Universidade de Alicante – Espanha e Coordenador dos Cursos de Doutorado e de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Uruguai, 458, bl. 16, sl. 420, Centro, 88302-202, Itajaí-SC, Brasil, Caixa Postal 458. E-mail: pcruz@univali.br.

\*\* Pós Doutor em Direito Ambiental na Universidade de Alicante – Espanha e Professor no Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Correspondência para / *Correspondence to:* Rua Uruguai, 458, bl. 16, sl. 420, Centro, 88302-202, Itajaí-SC, Brasil, Caixa Postal 458. E-mail: zenildo@univali.br.

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. A escala do despotismo. *Revista Visão*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. p. 1.

## ABSTRACT

These initial reflections intend to promote the necessary debate, and seek to contribute to the establishment of the conceptual base and characterization for the categories: Transnationality, Transnational State and Transnational Law. The justification for writing this article comes from the profound changes arising from the intensification of the ramifications of the globalization phenomenon, which have ended up causing, through multidimensional crises, the collapse or obsolescence of the model of Modern Constitutional State, as well as the need for new public spaces with new strategies of governance, regulation and intervention, leveraged by a common transnational axiological base.

**Keywords:** Transnationality; Transnational State; Transnational law.

## INTRODUÇÃO CONCEITUAL E DE CARACTERIZAÇÃO

Partindo-se da hipótese principal de que as profundas mudanças ocorridas com a globalização, com sua pretensão de soberania, solaparam de maneira irreversível as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, visa-se com este trabalho contribuir com reflexões iniciais destinadas ao necessário debate para a formação da base conceitual e de caracterização para as categorias: Transnacionalidade, Estado Transnacional e Direito Transnacional<sup>2</sup>.

160

Para que se abra o debate sobre essas categorias, é fundamental considerar que a liberalização do mercado mundial, como escreve Habermas, progrediu muito. A mobilidade do capital acelerou e o sistema industrial modificou-se, saindo da produção de massa e passando a se adequar às necessidades da “flexibilidade pós-fordista”. Com os mercados cada vez mais globalizados, o equilíbrio alterou-se, prejudicando claramente a autonomia e a capacidade de ação político-econômica dos Estados Constitucionais Modernos<sup>3</sup>.

Para o adequado desenvolvimento das ideias que serão articuladas no presente artigo, é importante estabelecer o que se entende por Estado Constitucional Moderno e por Nação, conceitos fundamentais para o desenvolvimento dessas reflexões.

Estado Constitucional Moderno deve ser entendido como aquele tipo de organização política surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, que tiveram como principais características a soberania asentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa.

<sup>2</sup> Trata-se também de um esforço teórico desenvolvido na construção das bases epistemológicas que estão sendo adotadas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 99.

## A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais

Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam sem cessar. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes e tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno<sup>4</sup>.

No que diz respeito à categoria Nação, esta se refere ao que Ernest Gellner<sup>5</sup>, em sua obra *Naciones y nacionalismos*, entende como Nação Jurídica, formada a partir da Nação Cultural e da Nação Política, a seguir abordada mais amplamente.

Este trabalho se justifica, assim, principalmente no fato de o direito internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não gerar mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o direito comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

O Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar Estados Nacionais.

Dessa forma, o Estado e o Direito Transnacional poderiam ter, enquanto proposta para a discussão, as seguintes características:

- a) constituição a partir de Estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas;
- b) formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais;
- c) capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais<sup>6</sup>, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes<sup>7</sup>;

161

<sup>4</sup> CRUZ, Paulo Márcio; CHOFRE SIRVENT, Jose Francisco. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 11, 2006. p. 41-62.

<sup>5</sup> GELLNER, Ernest. *Naciones y nacionalismos*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

<sup>6</sup> Utiliza-se a expressão “questão vital ambiental” para sugerir que a base axiológica formadora dos ordenamentos jurídicos transnacionais seria a proteção aos bens ambientais, entendidos em dimensão ampla, inclusive contemplando o aspecto social. Assim, estar-se-ia também tutelando a dignidade da pessoa humana, já que dois dos maiores problemas ambientais da humanidade são a fome e a miséria.

<sup>7</sup> Sobre a insuficiência do modelo atual de Estado, na perspectiva fiscal, ver BODNAR, Zenildo. *A responsabilidade tributária do sócio administrador*. Curitiba: Juruá, 2005. Nesse livro, defende-se a necessidade de “uma nova feição ao Estado – ‘Estado Transnacional’” no qual o centro do poder não pode estar limitado geograficamente, a sua legitimidade deve decorrer da efetiva proteção outorgada aos direitos humanos.

- d) atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros;
- e) pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental<sup>8</sup>;
- f) implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária;
- g) constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso;
- h) capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando uma das principais dificuldades de atuação dos Estados no plano externo.

Com base nas características sugeridas, pode-se propor que o prefixo “trans” indique que a estrutura pública transnacional poderia perpassar vários Estados. Desde logo, convém advertir que não se está falando de estado mundial ou de um superestado: o que se está propondo à discussão é a possibilidade de fundação de vários espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas.

162

O prefixo “trans” denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais, mas, sim, a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas mais satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos.

Dessa forma, a expressão latina “trans” significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados.

Diversamente da expressão “inter”, que sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo “trans” denota a emergência de um novo significado, construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais. É como Ulrich Beck se manifesta, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante que já não se encaixa nas velhas categorias modernas<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Entende-se por lógica judaico-cristã ocidental aquele tipo de organização político-jurídica construída a partir das teorias iluministas e que tem o capitalismo como base econômica de produção.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 100.

A partir dessas reflexões, pode-se sugerir o conceito de Estado Transnacional como sendo a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção<sup>10</sup> – e coerção – com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização. É o que propõe Gabriel Real, quando assinala que não se trata de se estabelecer uma república planetária, mas, sim, da busca de mecanismos institucionais que assegurem a eficaz materialização da solidariedade, no mesmo diapasão de inspiração de novos direitos transnacionais, como é o caso do direito ambiental<sup>11</sup>.

Cada espaço estatal transnacional poderia abranger vários Estados e até partes aderentes desses, com estruturas de poder cooperativo e solidário. Seus objetivos seriam os de proporcionar condições para que a globalização esteja submetida ao interesse da maioria das sociedades existentes, a partir de práticas de deliberação por consenso<sup>12</sup> e de participação democráticas.

Uma das maiores justificativas para a construção de espaços públicos transnacionais diz respeito à questão vital ambiental que poderia ocupar o papel de “tela de fundo” para a construção tanto do Estado como do Direito Transnacionais. Em outras palavras, a estruturalização constitucionalizada, destinada a garantir os mínimos de segurança jurídica e típica do Estado Constitucional Moderno, seria superada pela questão vital ambiental como paradigma e que matizaria o ordenamento jurídico transnacional.

Desde esse ponto de vista, Arnaldo Miglino<sup>13</sup>, em artigo denominado *Una cominitá mondiale per la tutela dell'ambiente*, afirma que existe um problema que provavelmente levará à criação de um centro de poder transnacional que supere a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais: o problema ecológico. Basta recordar como a emissão de gases estufa (dióxido de carbono, óxido

<sup>10</sup> Intervenção, no contexto desse artigo, significa o controle pelo Estado, em graus variados, pela atuação, como parte ativa, nos âmbitos ambiental, social, econômico e cultural para garantir padrões mínimos de dignidade humana a partir de pauta axiológica comum. Já a categoria Regulação tem sentido de fornecer à sociedade, por intermédio do Estado, regras que regulem as relações públicas e privadas, evitando desequilíbrios, sem que o mesmo seja parte ativa em qualquer delas.

<sup>11</sup> REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona: Espanha, n. 1, 2002, p. 73-93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 25. Acesso em: 20 jan. 2009. p. 21.

<sup>12</sup> A busca pelo consenso nas deliberações tem sido um dos principais elementos de manutenção, aprimoramento e ampliação dos institutos da União Europeia, assim como a Organização Mundial do Comércio (OMC).

<sup>13</sup> MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente. *Revista Archivo Giuridico*, v. CCXXVII – Fascículo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália. ([www.mucchieditores.it](http://www.mucchieditores.it)). Título original: *Una cominitá mondiale per la tutela dell'ambiente*.

nitroso, metano, perfluorcarbonetos, hidrofluorcarbonetos, hexafluoreto de enxofre) favoreceu o aquecimento climático, para compreender como é urgente salvar o equilíbrio ambiental.

Como exemplo de prática jurídica transnacional, e que muito bem ilustra o que vem sendo proposto neste trabalho, podem-se citar as convenções que versam sobre a proteção global da questão vital ambiental, em especial a ECO/92, realizada no Rio de Janeiro<sup>14</sup>. Trata-se de um dos mais completos e abrangentes instrumentos destinados à proteção de bem jurídico transnacional que, apesar da sua notável qualidade propositiva, tem se mostrado extremamente deficiente com relação à implementação em nível global por falta de capacidade cogente, ou seja, de institutos capazes de concretizar a sua aplicação como norma jurídica.

No entanto, para se tratar do adjetivo “nacional”, deve-se aceitar a existência de uma coletividade que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado<sup>15</sup>. O conceito de Nação, como elemento formador do Estado, consolida-se na obra de Emmanuel Joseph Sieyès e na sua teoria do Poder Constituinte.

É fundamental aclarar desde logo que o conceito de Nação é algo em constante construção, ou seja, forma-se historicamente permeado por influências culturais, políticas, jurídicas e sociais. Essa dinâmica evolutiva é observada ainda com maior intensidade nos dias atuais.

Durante o século XIX, o movimento nacionalista partiu de duas premissas relacionadas entre si. A primeira, define Nação pela existência de um conjunto de características culturais, étnicas, religiosas e, principalmente, linguísticas, comuns a um grupo social determinado. A segunda é aquela que prevê que toda entidade nacional, assim definida como comunidade linguística e cultural, tem direito a converter-se em Estado ou, preferindo, em organizar-se de forma estatal.

Esse ponto de vista, tratado pelos publicistas como o “princípio das nacionalidades”, teve uma notável influência na história política e constitucional, tendo cedido lugar à formação e dissolução de entidades estatais e se encontra refletido em proclamações formais, como os 14 pontos do presidente norte-americano Woodrow Wilson<sup>16</sup>, em 1917.

<sup>14</sup> A ECO/92 foi a maior conferência mundial sobre meio ambiente realizada para tratar da proteção do meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Nessa conferência foram aprovados os princípios e as diretrizes a serem observadas em escala global.

<sup>15</sup> Para uma revisão mais completa sobre Nação e Nacionalismo, além do que será tratado nos próximos parágrafos, sugere-se a leitura da obra *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*, p. 165 e s., cujos dados completos encontram-se nas referências deste texto.

<sup>16</sup> Thomas Woodrow Wilson, político norte-americano, nascido em Staunton, Virgínia, em 1856, e morto em Washington, D. C., em 1924, foi presidente dos Estados Unidos de 1913 a 1921. Professor de Direito, História e Economia Política, foi presidente da Universidade de Princeton

## A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais

A configuração atual de muitos Estados europeus, por exemplo, ainda é resultado de movimentos de caráter nacionalista que buscaram a organização estatal de grupos étnicos e culturais antes divididos – como a Alemanha e a Itália – ou a independência de grupos desse tipo integrados em Estados Multiétnicos, como ocorreu com o Império Austro-Húngaro e a extinta União Soviética. O movimento nacionalista também matizou o processo de descolonização na Ásia, África e Américas Central e do Sul.

Porém, atualmente, é muito difícil admitir que Nação como base humana do Estado seja equivalente a uma noção linguístico-cultural<sup>17</sup>. O conceito de Nação, como grupo homogêneo, definido por características socioculturais ou religiosas comuns, não se conjuga facilmente com a realidade dos atuais Estados, por conta dos seguintes pontos:

- a) em alguns casos, a proclamação, ou reconhecimento, de um Estado foi produzido em países com uma clara pluralidade de comunidades culturais. É o caso, por exemplo, da Espanha e da Bélgica. Nesses, foi reconhecido o pluralismo cultural interno, ao se admitir a existência, dentro da Nação, de comunidades – Bélgica – e nacionalidades – Espanha – com características culturais próprias;
- b) os movimentos migratórios foram e continuam sendo os grandes responsáveis pela eliminação da homogeneidade cultural. É cada vez maior o número de Estados que começou sua trajetória histórica com uma população mais ou menos homogênea cultural, étnica e linguisticamente e que, com as seguidas ondas migratórias, tiveram alterada esta composição nacional;
- c) as tentativas de manter uma identificação jurídica entre “Nação” e “grupos étnico-culturais” acabaram por dividir a população do Estado em castas, segundo sua maior ou menor vinculação ao grupo “nacional”. Os exemplos da Alemanha de Hitler e do *apartheid* na África do Sul são eloquentes a esse respeito. Ao contrário, os Estados democráticos se baseiam na igualdade e não discriminação, condenando os tratamentos desiguais por motivos étnicos, religiosos, entre outros, ou seja, precisamente por meio daqueles motivos que se associam ao feito “nacional”.

---

de 1902 a 1910 e governador de New Jersey de 1910 a 1912. Como Presidente criou o Sistema Federal de Reservas – o Banco Central – e aprovou a legislação trabalhista e a Lei Seca. Declarou guerra à Alemanha em 1917 e, após o fim da Primeira Guerra Mundial, estimulou a Criação da Liga das Nações, precursora da Organização das Nações Unidas atual.

<sup>17</sup> Sobre esse assunto ver, em especial: PASTOR VERDÚ, Jaime; DE BLAS GUERRERO, Andrés. *Fundamentos de ciência política*. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distância, 1997. p. 133 e s.

A partir dessas considerações, o conceito jurídico de Nação não pode referir-se às diferenças de caráter étnico, cultural, religioso ou linguístico. A identificação entre Nação Cultural e Nação Jurídica e Política é, de certa forma, questionável. Por isso, a referência à Nação como base humana da organização do Estado não pode ser entendida além de uma referência à Nação Jurídica. O relevante é que uma comunidade humana pode se definir juridicamente com a proclamação do caráter “nacional” da população do Estado. Essa percepção conceitual poderia até resolver – ou pelo menos minorar – o problema das disputas entre Nações.

Daí que se pode, juntando o prefixo “trans” e o conceito e caracterização de Nação Jurídica, entender por Transnacional os novos espaços públicos não vinculados a um território específico, que perpassam a ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitam a pluralidade como premissa e possibilitam o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica comum<sup>18</sup> consensual destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização.

A referida pauta seria estabelecida por seleção consensual de valores que levaria em consideração o fato de que a sua proteção não poderia ser viabilizada eficazmente por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes.

Proposto assim o esboço do conceito e da caracterização da categoria Transnacional, é possível aplicá-la na construção da proposta teórica dos conceitos de Estado e de Direito Transnacionais.

166

## O ESTADO E O DIREITO TRANSNACIONAIS: REFLEXÕES PRELIMINARES

A nova ordem mundial, influenciada por diversos fatores decorrentes da intensificação do fenômeno da globalização, torna oportuna e necessária a discussão sobre a organização de espaços públicos transnacionais que viabilizem a democratização das relações entre Estados, relação fundada na cooperação e solidariedade, com o intuito de assegurar a construção das bases e estratégias para a governança, regulação e intervenção transnacionais.

No mesmo diapasão, Tomas Villasante<sup>19</sup> sugere que a “internalização” do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo de transnacionalização do Poder Público. Caso contrário, a debilidade do Estado Constitucional Moderno poderá conduzir a civilização a perigosas posições de confronto.

Hodiernamente muitos questionamentos são feitos sobre a atualidade do Estado Constitucional Moderno como modelo de construção político-jurídica

---

<sup>18</sup> Pauta axiológica comum, categoria ainda em experimentação no campo da proposição, tenderia a abranger valores como a questão vital ambiental, direitos humanos, paz mundial, regulação econômica e financeira, dentre outros, principalmente os de caráter difuso.

<sup>19</sup> VILLASANTE, Tomas. *Las democracias participativas*. Madrid: Ediciones Hoac, 2003. p. 63.

capaz de fazer frente à complexidade do ambiente transnacional global, mesmo porque essa concepção de Estado, enquanto comunidade política, resultou do processo que começou no século XV, atingindo seu auge no século XVII, quando supôs uma considerável inovação das formas de organização política anteriores. Exemplos disso foram a existência da Cidade-Estado, característica da Antiguidade, e a supremacia da Comunidade Cristã, típica da Idade Média. Mas há de se considerar que foi teorizado em uma época de extrema limitação tecnológica.

Decorrente daquele ambiente, o Estado que se consolida no século XVII, e que em alguns aspectos responde pelo seu conceito atual, aparece quando a comunidade política se define, fundamentalmente, em função de sujeição comum a um poder político que exerce sua autoridade em um determinado âmbito territorial e sobre todos aqueles que se situem nele, seja qual seja a condição pessoal<sup>20</sup> dos que coexistem em torno desse poder, exatamente o aspecto mais questionado atualmente.

Esse vínculo de unidade e sujeição, delimitado precisamente num determinado território, não mais expressa as atuais formas de organizações e instituições necessárias para as demandas transnacionais, embora não necessariamente exclua o modelo de Estado Constitucional Moderno.

O desenvolvimento do conceito jurídico de Estado, que permitiu compreender seu uso no direito, foi, via de regra, muito genérico, e se referia a ordenamentos variados, elaborados em situações históricas muito diferentes. A proposta para construção do conceito e da caracterização jurídica de Estado Transnacional – e de Direito Transnacional – que permitirá compreender a proposta aqui discutida também será, de certo modo, genérica e aberta.

Dentre os autores que teorizam sobre as novas formas de organização estatal, merece destaque a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>21</sup>, quando sugere a substituição das relações “internacionais” de conflito e/ou disputa por relações “transnacionais” de solidariedade e cooperação.

Marco Aurélio Greco, na mesma linha de proposição, defende que Estado Transnacional é aquele que vê o outro não como oposto exclusivo e excludente, mas como elemento integrante da sua própria realidade. A “diferença” deixa de ser vista como algo destrutivo ou ruim, passando a ser vista como algo complementar que define o universo em que nos encontramos<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Para uma melhor compreensão desse assunto, sugere-se a leitura da obra: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>21</sup> BECK, Ulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004. p. 132.

<sup>22</sup> GRECO, Marco Aurélio. Globalização e tributação da renda mundial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 75-90, mar./abr. 2003. p. 80.

No Estado Transnacional, a dimensão humana continuaria sendo relevante, não apenas como um vínculo que se estabeleceria com determinado Estado ou pela relação de sujeição ao poder estatal, mas, sim, numa perspectiva ampliada, inclusiva e solidária que não vê o cidadão como mero depositário de uma pseudosoberania.

A característica mais evidente do Estado Constitucional Moderno, como forma de organização política, é o tipo de poder soberano que exerce territorialmente, independente das características pessoais ou sociais e dos membros da população do Estado.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer o surgimento de fenômenos que alteram a compreensão tradicional e corrente das categorias aqui trabalhadas. Essas alterações, descritas nas páginas anteriores, permitem projetar mudanças que, embora careçam de sustentação empírica, defluem de um consenso mínimo axiológico gerador de novos modelos.

No Estado Transnacional, não haveria espaço para se falar em soberania na sua concepção clássica. As múltiplas relações existentes entre os Estados, a importância da atuação cooperativa desses em prol de uma pauta axiológica comum, bem como a complexidade dos novos desafios exigiria uma redefinição qualitativa e funcional para essa categoria<sup>23</sup>. Tal redefinição pode encontrar uma expressão jurídica na medida em que são transferidas, para novas organizações, faculdades consideradas como inerentes à soberania tradicional<sup>24</sup>.

168

Desse modo, e a partir do que foi articulado anteriormente, pode-se sugerir que o Direito Transnacional, por consequência, tenderia a apresentar as mesmas características axiológicas do Estado Transnacional.

Um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar esse termo foi Philip Jessup em sua obra denominada *Transnational law*<sup>25</sup>, em 1965, na Universidade de Yale. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a sociedade de Estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, referido autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Sobre esse tema ver: CRUZ, Paulo Márcio. Soberania y globalización: antagonismos e consecuencias. *Revista de Derecho Lex*, n. 63, nov. 2008. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/45092719>>. Acesso em: 10 abr. 2009.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999. p. 79.

<sup>25</sup> Para Jessup, Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

<sup>26</sup> A proposta de Jessup gerou grande repercussão na academia norte-americana. Ainda hoje encontram-se programas de estudos e publicações especializadas que empregam a expressão “Transnational Law”, no sentido abrangente por ela concebido (cf. *Columbia Journal of Transnational*

Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais<sup>27</sup>.

Jessup estava preocupado, na época, em não polemizar e evitava fazer afirmativas que ensejassem discussões acadêmicas sobre a utilização do termo Direito Transnacional. Para evitar os longos debates, reduziu a noção dessa categoria como sendo apenas uma fonte mais abundante de normas com que se guiariam.

A citação de Jessup serve mais como ponto de inflexão, pois o que ele estava captando, na época, era o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno. Essa proposição, inclusive pelo contexto histórico em que foi formulada, é insuficiente para a discussão que se pretende empreender sobre o Direito Transnacional. Ao contrário do que pensava Jessup, nas primeiras décadas do século XXI será fundamental o debate sobre o tema. O presente trabalho, por exemplo, com suas cuidadosas proposições, pretende colaborar nesse sentido.

O Direito Transnacional, assim como Estado Transnacional, estaria também “desterritorializado”, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteira, pois não é o espaço estatal nacional como também não é espaço que está acima dele. Está no meio deles, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e impor coercitivamente as suas leis.

Começa-se a perceber que o âmbito espacial do Direito Transnacional se situaria na fronteira transpassada, na “borda permeável” do Estado. Com isso, por ser transpassável, a borda também não é fronteira delimitada, e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, mas, sim, está lá e cá ao mesmo tempo. Essa relação dialética faz surgir um novo espaço, transnacional, no qual deverá ser aplicado, com força cogente, um novo direito, cuja base teórica seria vinculada àquela do Estado Transnacional<sup>28</sup>.

---

*Law*, disponível no site <<http://www.columbia.edu/cu/jtl/>>. Merece também registro a terminologia que identifica o Direito Transnacional à nova *lex mercatoria*, a regulação privada das transações internacionais por modelos contratuais e práticas comerciais consolidadas (Cf. <<http://www.transnational-law.net/>>; STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996). Não obstante, neste artigo, como já foi anteriormente exposto, preferiu-se utilizar a expressão “Direito Transnacional” num sentido mais restrito do que o empregado por Jessup, sem englobar outras formas de regulação além-fronteiras, como o Direito Internacional Público, e mais abrangente do que a *lex mercatoria*, vinculando-se a novos espaços de regulação que surgiriam com o Estado Transnacional.

<sup>27</sup> JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

<sup>28</sup> IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 93.

A “desterritorialização” do Direito Transnacional acontece em virtude da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacionais descentradas, sem qualquer localização nesse ou naquele lugar, região ou Estado. Estão presentes em muitos lugares, Estados, continentes, parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras<sup>29</sup> ou por entre eles, que parece mais apropriado para uma proposta de discussão teórica sobre Direito Transnacional.

Assim como o direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas – de forma que cada uma delas tivesse sentido, em relação às demais, com o sistema<sup>30</sup>, determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos – o Direito Transnacional poderia agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários Estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.

O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que, atualmente, são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.

Considerando-se que toda organização supõe um ordenamento ou conjunto de normas coordenadas que tornam possível sua própria existência e funcionamento, o ordenamento jurídico transnacional dificilmente não acompanharia essa lógica. O ordenamento jurídico transnacional apresentaria características próprias, derivadas da mesma concepção do Estado Transnacional como organização destinada a atuar em espaço de governança regulatória e de intervenção até agora não organizado politicamente.

Essas linhas comuns derivariam da mesma natureza do Estado Transnacional como comunidade política, a qual seria organizada com as seguintes possíveis características:

- a) quanto ao seu *conteúdo*, o ordenamento jurídico transnacional seria a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas<sup>31</sup>. Com isso pode-se afirmar que, forçosamente, esse ordenamento refletiria a vontade política de uma comunidade quanto a seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à sua

<sup>29</sup> IANNI, op. cit., p. 23.

<sup>30</sup> Sobre esse tema sugere-se a leitura de: CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002 e FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>31</sup> CRUZ, 2003, p. 181 e s.

## A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais

organização. Essas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda (como a questão vital ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade) e sobre a distribuição do poder social e político. O ordenamento jurídico transnacional seria, necessariamente, um reflexo da realidade material obtida pelas decisões políticas dos Estados e suas respectivas nações jurídicas. É essa realidade que torna possível falar em ordenamento jurídico transnacional ou Direito Transnacional;

- b) quanto à sua *forma*, a unidade do ordenamento jurídico transnacional se traduziria num sistema ordenado de produção de normas jurídicas. Essas seriam formal e materialmente válidas à medida que fossem geradas ou produzidas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no respectivo espaço público transnacional. Como consequência, o ordenamento jurídico transnacional se configuraria de forma escalonada. Na prática, a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependeria de sua vinculação – formal e material – à existência de organização estatal transnacional, que definiria tanto os valores e decisões básicas do ordenamento como o sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso.

O Direito Transnacional – assim como o Estado Transnacional – seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção aos direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existentes.

171

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que até aqui foi articulado nos remete necessariamente à discussão sobre a realidade mundial formada com a rede global e promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, que remete a um “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço que perpassa o nacional e o local, para usar expressão próxima à utilizada por Ulrich Beck<sup>32</sup>. Isso pode ser percebido na relação dos Estados para com as empresas multinacionais, o que acaba exigindo a emergência de um Direito Transnacional, por conta da persecução de uma pauta axiológica que transita desde a questão vital ambiental até a luta pela ampla proteção e defesa dos direitos humanos.

---

<sup>32</sup> BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005. p. 97.

Autores contemporâneos, como Jean-Marie Guéhenno<sup>33</sup>, vislumbram o advento da era global como o fenecimento do Estado Constitucional Moderno e, com ele, a insuficiência da democracia representativa e de boa parte da construção teórica sobre o Estado e o Direito da modernidade. Já não existem grandes decisões das quais possam derivar pequenas decisões, nem fronteiras das quais emanem regulamentos específicos. Assim como as comunidades não estão mais “contidas” na região, a própria região não está mais abarcada pelo Estado. A crise do poder determinado espacialmente encontra, desse modo, sua expressão na busca por decisões. As decisões já não são mais tomadas de forma linear, no sentido de que cada corporação possui uma competência bem definida, mas, sim, se decompõem em diferentes fragmentos, e o tradicional debate político e as disputas sobre princípios e diretrizes, ideologias ou ordenamento social se pulverizam. Isso é o fiel reflexo da fragmentação do processo de decisão, com a sua progressiva “desterritorialização” e “desestatização”.

A ideia de um Estado Transnacional, como trazida por Ulrich Beck, é uma das alternativas possíveis ao Estado Constitucional Moderno. Em linha com o que foi exposto no presente artigo, esse autor ainda sugere que há uma racionalização subjacente: o Estado Constitucional Moderno está antiquado, mas ainda é importante como espaço público garantidor das políticas internas e externas.

172

Extraí-se dessas reflexões que o Estado Transnacional poderá ser, em primeiro lugar, um “não Estado nacional moderno” e, portanto, também “não Estado territorial”.

Em segundo lugar, o Estado Transnacional superaria o Estado Constitucional Moderno – porém não negaria a sua existência – e se libertaria da armadilha territorial e da soberania moderna. Assim, ter-se-ia um conceito de Estado que: a) (re)conheceria a globalidade em sua dimensão plural como elemento fundamental irreversível e b) transformaria a norma e a organização do Direito Transnacional na chave de uma redefinição e revitalização do político, não apenas como Estado, mas também enquanto Sociedade Civil.

Em terceiro lugar, o Estado Transnacional não seria “internacional”, “comunitário” ou “supranacional”; também não seria um Estado mundial. O Estado Constitucional Moderno continuaria existindo, mas como um modelo de colaboração e solidariedade transnacionais, compartilhando as funções para as quais tem se mostrado insuficiente. A diferença fundamental estaria radicada no fato de que, no interior da teoria dos Estados Transnacionais (termo expresso no plural, segundo autores da mesma linha de Ulrich Beck<sup>34</sup>), o sistema de coordenadas políticas já

<sup>33</sup> GUÉHENNO, Jean-Marie. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego*. Barcelona: Paidós, 1995. p. 97.

<sup>34</sup> BECK, 2004, p. 91.

não seria resultado da delimitação e do contraponto nacional, mas fluiriam ao longo dos eixos estabelecidos por pauta axiológica comum, naquelas questões que superem a capacidade operativa do Estado Constitucional Moderno.

E, em quarto lugar, os Estados Transnacionais não seriam nem internos nem externos, por terem como princípio diferenciador o compromisso com a execução de uma pauta axiológica comum. A criação de um Direito Transnacional, por conta da já referida pauta, permitiria o compartilhamento solidário de responsabilidades para a garantia, principalmente, da questão vital ambiental, como já foi justificado no desenvolvimento do presente trabalho.

Como se tem observado, as intensas mudanças ocorridas na sociedade atual exigem também novas estratégias de governança, regulação e intervenção. Todavia, as complexas demandas da realidade transnacional não estão sendo adequadamente atendidas pelas instituições nacionais, fato que potencializa situações de riscos e ameaças a bens transnacionais fundamentais.

Nesse contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas envolvendo pessoas, instituições e Estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena e duradoura no planeta<sup>35</sup>.

É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido.

Sem dúvida que não se está pensando que será fácil tratar de um assunto com essa complexidade e capacidade de gerar polêmica. O que não se pode é continuar por mais tempo nessa “racionalidade irracional<sup>36</sup>”, na qual está mergulhado o mundo atual. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar novos espaços públicos que possam ser aplicados além-fronteiras e que incluam o local, o regional e o mundial. Espaços públicos que sejam sensíveis ao ser humano e propensos a dotar todas as pessoas de um mínimo de bem-estar e dignidade.

---

<sup>35</sup> Michel Bachelet é enfático ao afirmar que: “A menos que a sociedade internacional aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados da Sida e dos jogos da economia mundial” (BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 19).

<sup>36</sup> Ou de uma “irresponsabilidade organizada”, conforme expressão de Ulrich Beck, utilizada também na obra BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.

Tem-se a sensação de que se está saindo desse ciclo político que dominou os últimos dois séculos, mas a falta de alternativa está levando o mundo a essa condição sem precedentes, e não há evidências capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política atual.

A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. A produção tornou-se fragmentada em número incalculável de fases e em constante mudança, descentralizadas e dispersas ao redor do planeta. Entretanto, os segmentos distintos são funcionalmente integrados em amplas correntes de produção, distribuição e consumo. Cada economia nacional autônoma foi reestruturada e integrada externamente para que seja uma parte constituinte do sistema de produção global.

Assim, o capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes que se estendem pelo globo. O capital transnacional está no topo dessas redes globais, e o capital local e o nacional não podem competir com ele. Logo, é evidente que há uma nova configuração de poder transnacional, e é nesse contexto que devem emergir o Estado e o Direito Transnacionais, como solicitações e necessidades dessa nova época.

O capital transnacional exercita sua autoridade política utilizando o aparato de cada Estado e por meio da transformação das organizações internacionais existentes, tais como as antigas instituições de Bretton Woods, ou as agências do sistema das Nações Unidas; utiliza também instituições mais recentes, como a Organização Mundial do Comércio. O capital transnacional passou, assim, a converter o poder estrutural da economia global sobre os países e sobre as classes trabalhadoras, em cada Estado, em influência política direta por meio do aparato capitalista transnacional<sup>37</sup>.

Em contrapartida, os Estados respondem às demandas do capital transnacional, mas não são capazes, por falta do necessário espaço público transnacional, de transformar em bem-estar para a população a riqueza que circula todos os dias por entre suas fronteiras. O Estado não consegue regular os sistemas de acumulação capitalista, e, assim, não cumpre suas funções sociais. Dessa forma, não consegue absorver e responder às atuais demandas causadas pela sociedade de risco global.

Por essas questões econômicas, o Estado e o Direito Transnacionais estariam – por entre as soberanias e com fontes normativas, originadas além das fronteiras

---

<sup>37</sup> O Fundo Monetário Internacional (FMI), por exemplo, quando impõe programas de ajuste estrutural que abrem um dado país para a entrada do capital transnacional, o que implica a subordinação da força local de trabalho e a exploração de riquezas pelo capitalismo transnacional, está operando como instituição transnacional.

nacionais –, destinados a regular os atuais contextos globais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos Estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade.

Em suma, a emergência de novas estratégias globais de governança, regulação e intervenção, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas, na participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social, deve ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, defesa e melhoria contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe, ainda, novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica, o que implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

### REFERÊNCIAS

- BACHELET, Michel. *Ingerência ecológica: direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Barcelona: Paidós, 2005.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002.
- BECK, Ulrich. *Liberdade ou capitalismo*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- BECK, Ulrich. *Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización*. Tradução de Bernardo Moreno y Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2004.
- BODNAR, Zenildo. *A responsabilidade tributária do sócio administrador*. Curitiba: Juruá, 2005.
- CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2003.
- CRUZ, Paulo Márcio. Soberania y globalización: antagonismos e consecuencias. *Revista de Derecho Lex*, n. 63, nov. 2008. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/45092719>>. Acesso em: 10 abr. 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio; CHOFRE SIRVENT, Jose Francisco. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do estado constitucional moderno. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 11, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Tradução de Andréa Greppi. Madrid: Alianza, 1999.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GELNER, Ernest. *Naciones y nacionalismos*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

GRECO, Marco Aurélio. Globalização e tributação da renda mundial. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 75-90, mar./abr. 2003.

GUÉHENNO, Jean-Marie. *El fin de la democracia: la crisis política y las nuevas reglas del juego*. Barcelona: Paidós, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente. *Revista Archivio Giuridico*, v. CCXXVII – Fascicolo IV – 2007, editada por Filippo Serafini, e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália. ([www.mucchieditores.it](http://www.mucchieditores.it)). Título original: Una comunità mondiale per la tutela dell'ambiente.

PASTOR VERDÚ, Jaime; DE BLAS GUERRERO, Andrés. *Fundamentos de ciência política*. Madrid: Facultad Nacional de Educación a Distancia, 1997.

176

REAL FERRER, Gabriel. La contrucción del derecho ambiental. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Pamplona: Espanha, n. 1, 2002, p. 73-93. Disponível em: <[http://www.dda.ua.es/documentos/construccion\\_derecho\\_ambiental.pdf](http://www.dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf)>, p. 25. Acesso em: 20 jan. 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. A escala do despotismo. *Revista Visão*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.

VILLASANTE, Tomas. *Las democracias participativas*. Madrid: Ediciones HOAC, 2003.

Data de recebimento: 20/07/2009

Data de aprovação: 09/11/2010

# LA REVISIONE DELLE RULES OF ARBITRATION DELL'UNCITRAL

## A REVISÃO DAS REGRAS DE ARBITRAGEM DA UNCITRAL

Vincenzo Vigoriti\*

### RIASSUNTO

---

Il testo offre una analisi delle prospettive di diritto processuale e l'uso delle azioni di classe e della conciliazione.

**Parole chiave:** Azione di classe; Conciliazione; Itália; Justiça civil; Futuro.

### RESUMO

---

O texto oferta uma análise das perspectivas do direito processual e da utilização das class actions e da conciliação.

**Palavras-chave:** Ações de classe; Conciliação; Itália; Giustizia civile; Futuro.

## LA COMMISSIONE UNCITRAL E L'ATTIVITÀ PER LA PROMOZIONE DELL'ARBITRATO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Come è noto, nel 1966, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite istituiva una Commissione denominata Uncitral (United Nations Commission International Trade Law), destinata ad occuparsi del commercio internazionale, e genericamente di promuovere l'unificazione o almeno l'armonizzazione delle regole in materia (risoluzione n. 2205, XXI).

L'iniziativa seguiva all'adozione di una delle convenzioni più importanti dell'epoca moderna, quella di New York del 1958, sul riconoscimento dei lodi stranieri, ratificata in tutto il mondo (l. 19 gennaio 1968, n. 62; artt. 839 – 840 C.P.C.).

Sin dalla sua prima sessione, del gennaio 1968, l'Uncitral riconosceva valore centrale all'arbitrato internazionale e si impegnava a favorirne la diffusione

---

\* Professor Doutor da Università degli Studi di Firenze, Via Pellicceria 8, 50123, Firenze, Itália. Correspondência para / Correspondence to: Via Guasti 15, 50144, Firenze, Itália. E-mail: vvigoriti@vigoritirusso.it.

incoraggiando l'elaborazione di regole specifiche destinate a fungere da riferimento per gli arbitrati ad hoc, e fornendo ampia assistenza agli Stati che intendevano promuovere lo sviluppo dell'istituto.

I risultati dell'attività di promozione e diffusione dell'arbitrato sono importanti e meritano di essere ricordati.

Anzitutto, si deve alla Commissione l'elaborazione delle *Arbitration Rules*. Il 28 aprile 1976, il gruppo deputato alla redazione delle *rules* terminava il proprio lavoro e sottoponeva alla Commissione i risultati. Il 15 dicembre 1976, l'Assemblea Generale faceva propria la proposta e dichiarava di "raccomandare il ricorso alle Uncitral Arbitration Rules per la definizione delle controversie che nascono nell'ambito del commercio internazionale" (risoluzione 31/98). Formalmente le *rules* sono destinate a fungere da guida nell'arbitrato *ad hoc*, ma in realtà sono suscettibili della più ampia utilizzazione. Esse sono avvicinati alle disposizioni contenute nei regolamenti emanati dagli enti che amministrano arbitrati, ma a differenza di questi non escludono l'autogestione. L'articolazione è in quattro sezioni: gli artt. 1-4 riguardano l'inizio del procedimento; gli artt. 5-14 trattano della composizione del tribunale arbitrale; gli artt. 15-30 concernono il corso del procedimento, e gli artt. 31-41 finali si occupano del lodo.

178

In secondo luogo. Il 21 giugno 1985, l'Uncitral proponeva agli Stati di aderire ad un modello di legge sull'arbitrato che avrebbe contribuito all'armonizzazione delle discipline in materia. È la *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, poi in effetti adottata in moltissimi ordinamenti. Per finire, nel 1996, sono state diffuse le *Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, che sono istruzioni pratiche destinate a facilitare la costituzione dei tribunali arbitrali e lo svolgimento degli arbitrati stessi<sup>1</sup>. Sono suggerimenti preziosi che vengono dall'esperienza internazionale e che davvero facilitano il lavoro di tutti.

## IL GRUPPO DI LAVORO DEPUTATO ALLA REVISIONE DELLE RULES OF ARBITRATION

Nel 2006, la Commissione decise di procedere alla revisione delle *rules*, non perché divenute inadeguate, ma quasi per il motivo contrario, vale a dire per mantenere le stesse al livello di eccellenza che ne aveva decretato il successo in tutto il mondo, tanto che si ebbe cura di affermare che la revisione "should not alter the structure of the text, its spirit, its drafting style, and should respect the flexibility of the text rather than add to its complexity".

---

<sup>1</sup> Per ulteriori informazioni MONTINERI e SORIEUL, *Uncitral Arbitration Rules and the Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, reperibile in rete, e anche in *Codice degli Arbitrati*, a cura di BUONFRATI e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006 p. 170 ss.

Questa l'organizzazione. La Commissione è articolata in vari gruppi: uno di questi, il Working Group II, si occupa di arbitrato e conciliazione. Ne fanno parte: a) gli Stati che già compongono la Commissione; b) occasionalmente anche altri Stati interessati al tema, in qualità di osservatori; c) alcune organizzazioni internazionali selezionate (ad esempio, interne alle Nazioni Unite come l'Office of Legal Affairs o la World Bank); d) organizzazioni intergovernative (ad esempio, l'Asian-African Legal Consultative Organization); e) infine organizzazioni non governative invitate dal Working Group (ad esempio, l'Arab Association for International Arbitration). Fra queste c'è il Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), che è organo rappresentativo di oltre 700.000 avvocati in Europa. Al CCBE partecipano tutti gli Stati dell'Unione e altri che ne sostengono l'iniziativa tramite delegazioni specifiche. Anche il Consiglio Nazionale Forense mantiene una sua delegazione presso tale organo, e la presidenza del Consiglio si è molto adoperata per assicurare che almeno uno dei due osservatori ammessi ai lavori del gruppo fosse un componente della nostra delegazione.

Nel complesso partecipano al gruppo di lavoro interno oltre un centinaio di Paesi, a cui si aggiungono le delegazioni delle organizzazioni appena citate. Le lingue utilizzate sono l'arabo, il cinese, l'inglese (quella largamente prevalente in tutti gli interventi), il francese, il russo e lo spagnolo. Le riunioni si tengono due volte l'anno (a New York in febbraio, a Vienna in settembre).

La presidenza è stata affidata ad un giurista svizzero, di grande esperienza e capacità tecnica, l'avvocato Michael E. Schneider. Il metodo seguito è il seguente: si discute articolo per articolo (nella versione in inglese), sentendo tutti coloro che hanno desiderio di prendere posizione in tema, e cercando di coordinare le varie osservazioni. Trattasi di attività delicata perché esige doti anche diplomatiche, dovendosi necessariamente tener conto di tutti i contributi. Il livello è comunque alto, e anche i rappresentanti di Paesi dove l'arbitrato internazionale sembra meno praticato mostrano piena consapevolezza dei profili tecnici dell'istituto. Non si vota (le organizzazioni che partecipano in qualità di osservatori non potrebbero neppure farlo), perché l'indicazione che viene dalla Commissione è quella che il Working Group si adoperi per ottenere il consenso più vasto possibile sulle proposte. Il che impegna molto la presidenza e rallenta sensibilmente i lavori.

Il gruppo di lavoro ha completato una prima lettura critica delle *rules* nel febbraio 2008, contestualmente decidendo di procedere ad un secondo esame delle stesse sulla base dei rilievi delle varie delegazioni raccolti e diffusi dalla segreteria. Nel settembre 2008, il Working Group terminava il riesame degli artt. 1-17, concernenti la fase introduttiva del procedimento arbitrale, la composizione del tribunale e alcune disposizioni procedurali.

La revisione avrebbe dovuto essere completata nel febbraio successivo ma l'importanza e la ricchezza dei contributi ha reso impossibile rispettare la scadenza.

Il lavoro è dunque proseguito e si è completato alla 51<sup>a</sup> sessione, svoltasi a Vienna nel settembre 2009.

Questo scritto concerne gli orientamenti, salienti in prospettiva comparativa, espressi nelle sedute più recenti, quelle del 2009, che hanno avuto per oggetto il procedimento arbitrale, le misure cautelari, e la pronuncia del lodo (artt. 18-37). In sede di revisione, il Working Group ha adottato una numerazione degli articoli diversa da quella delle *rules* del 1976, numerazione forse non ancora definitiva. Per orientarsi basta probabilmente menzionare i numeri dei “vecchi” articoli, richiamando il numero per il momento assegnato alle *rules* rivisitate.

## L'INTRODUZIONE DEL PROCEDIMENTO ARBITRALE E LA MODIFICA DELLE DOMANDE

In tutti i sistemi, l'arbitrato è espressione legittima dell'autonomia privata in punto di scelta dell'alternativa e degli arbitri; ovunque viene garantita la libertà delle forme, la decisione è vincolante ed impugnabile di fronte ai giudici dello Stato solo per alcuni vizi di rito, restando invece generalmente precluso il controllo sull'errore di diritto. Esistono insomma fondamenta comuni e su di esse si è costruita una vera e propria *common law of arbitration*<sup>2</sup>.

180

Le *rules* si inseriscono in questo contesto. Ci sono influenze di questo o quel sistema, e tuttavia non c'è supina adesione ad un particolare modello. Questo aspetto è assai caro alla Commissione che tiene moltissimo a sottolineare che le sue *rules* “are neither tailored for a particular country or institution nor anchored in any particular culture or tradition. They are comprehensive and, to the extent possible, stand-alone standard text, appropriate in different legal systems or environments”.

Il procedimento arbitrale è introdotto da un atto definito “notice of arbitration” di contenuto essenziale disciplinato dall'art. 3; costituito il tribunale, segue un atto più articolato in cui il richiedente fornisce tutti gli elementi di fatto e di diritto che ritiene funzionali all'accoglimento della domanda (*statement of claim*) (art. 18 ora art. 20). Non c'è nulla di particolare, e non sono previste decadenze o preclusione, nel caso di omissioni sulle ragioni del chiedere, sui riscontri probatori, o quant'altro. La risposta del convenuto può essere contenuta in una comparsa definita “response to the notice of arbitration”, o successivamente in uno *statement of defence* più articolato (art. 19 ora art. 21). E' consentito che le parti anticipino le proprie difese, attribuendo ai primi due atti, in teoria di carattere sommario e meramente introduttivo, il contenuto di veri e propri atti difensivi. Come del resto da noi dove la domanda di arbitrato può benissimo essere redatta anche in modo sintetico, fermo restando un contenuto minimo.

---

<sup>2</sup> VIGORITI, Vincenzo. Towards a common law of arbitration. *5 Am. Rev. Int. Arb.*, 1995, p. 29.

A proposito delle difese del resistente, si è discusso di domande riconvenzionali, che vanno introdotte tendenzialmente (non c'è decadenza) con il primo atto difensivo. Stesso regime per le eccezioni di *set off* (compensazione), che nel diritto processuale di *common law* sono ammesse con larghezza. Molti auspicavano maggiore libertà per queste seconde eccezioni, che si volevano ammissibili anche se collegate a rapporti non riconducibili alla clausola arbitrale, ma è prevalsa invece l'opinione che gli arbitri possano conoscerne solo se il rapporto di riferimento rientra fra quelli devoluti, o devolvibili agli arbitri. Quindi non necessariamente rapporti regolati dal contratto contenente la convenzione arbitrale, ma comunque rapporti su cui il tribunale ha "jurisdiction".

L'art. 20 (ora art. 22) prevede la modifica delle domande già presentate e l'eventuale introduzione di domande nuove, ovviamente riconducibili alla convenzione arbitrale.

Entrambe le cose sono generalmente ammesse, salvo che il tribunale non le consideri "inappropriate" perché motivo di "delay" o perché di "prejudice" per controparte, oppure per qualunque altra ragione che gli arbitri ritengono fondata. Il linguaggio della norma appare eccessivamente vago, e sembra attribuire poteri discrezionali assai ampi, almeno in un'ottica italiana.

Infine, l'art. 21 (ora art. 23) contiene alcune affermazioni di principio, da tutti largamente condivise. Anzitutto quella che gli arbitri decidono sulla propria *jurisdiction* (per il noto principio Kompetenz-Kompetenz), e poi quella dell'autonomia della clausola compromissoria (comma 1).

E' sorta ampia discussione sulle conseguenze di un'eventuale declaratoria di invalidità del contratto a cui accede la clausola arbitrale, ma è risultata condivisa la soluzione che detta invalidità non implica di per sé l'inapplicabilità del patto compromissorio. Qui sono state mosse critiche alla terminologia usata nel testo esistente: la norma ipotizza che se gli arbitri dichiarano il contratto "null and void", tale accertamento non implica automaticamente anche l'invalidità della clausola. "Null and void" è locuzione forse ridondante, ma usuale in *common law*, è stata rifiutata, volendosi mantenere il termine "null", ma cancellare l'espressione "and void". Dopo ampie discussioni non solo meramente semantiche, le delegazioni dei Paesi di lingua spagnola hanno detto di preferire nel loro testo l'espressione latina "ipso iure" in luogo di "void" e quelle dei Paesi di lingua francese, l'espressione "de plein droit": sfumature non facilmente percepibili dall'esterno.

La norma contiene disposizioni diverse simili a quelle del nostro Codice di rito. Il difetto di *jurisdiction* del tribunale deve essere eccepito nel primo atto difensivo successivo alla proposizione della domanda principale o riconvenzionale; l'aver collaborato alla nomina degli arbitri non preclude la proponibilità dell'eccezione; il superamento dei limiti della convenzione arbitrale deve essere eccepito immediatamente; la domanda giudiziale che contesta la legittimità della devoluzione ad arbitri, non implica sospensione del procedimento privato.

## LE MISURE CAUTELARI

Il problema più dibattuto è stato quello dell'ammissibilità e del contenuto delle misure cautelari (*interim measures*), che l'art. 26 (vecchi e nuova numerazione) consente ad una delle parti di chiedere e permette agli arbitri di emanare.

Sull'ammissibilità in astratto si sono richiamate le disposizioni della Model Law che esplicitamente la prevedono, mentre il discorso si è fatto più complesso in sede di affinamento del regime positivo destinato a sostituire l'esistente. Il testo del 1976 è abbastanza limitato: nella sostanza, riconosce la facoltà di ciascuna parte di chiedere agli arbitri di adottare misure di protezione con valenza temporanea, e precisa che un'istanza cautelare diretta al giudice statale non vale come rinuncia alla convenzione arbitrale.

Il testo rivisitato risulta molto più ricco. Anzitutto, il nuovo art. 26 riafferma la possibilità di chiedere ed ottenere dagli arbitri provvedimenti di natura cautelare, il che non è stato revocato in dubbio da nessuno (comma 1). Ci si è chiesti però se gli arbitri potessero adottare anche misure cautelari *inaudita altera parte*, (nel linguaggio corrente di *common law*: *preliminary orders* o *ex parte orders*).

A parte le solite obiezioni, anche condivisibili, sui pericoli di attribuire a privati poteri tanto penetranti, alcune delegazioni segnalavano come nei loro ordinamenti, neppure i giudici possono emanare misure cautelari senza prima sentire gli interessati, e si opponevano quindi a riconoscere agli arbitri tale potere.

Questo rilievo, sostanzialmente, ha pesato più di altri e ha indotto all'adozione di un comma dove esplicitamente si prevede che le *rules* non attribuiscono alle parti diritti più ampi di quelli a loro riconosciuti dalla *lex fori*, come non intendono limitare tali diritti. Insomma, gli arbitri chiamati a decidere secondo le *rules* dell'Uncitral possono pronunziarsi *inaudita altera parte*, se lo stesso potrebbero fare i giudici dello Stato, ma non altrimenti.

Qualcuno ha sostenuto che in ogni caso si dovrebbe negare agli arbitri di pronunziare *inaudita altera parte*, posizione però non condivisa perché se si ammette che gli arbitri possono imporre cautele, non si vede come si possa escludere la facoltà di adottare misure differendo il relativo contraddittorio. Fra l'altro, negare il potere degli arbitri negli ordinamenti in cui i giudici invece lo hanno significherebbe semplicemente vanificare la previsione, essendo ragionevole pensare che, nella maggior parte dei casi, la relativa istanza verrebbe rivolta al giudice dello Stato, nella speranza di ottenere da lui quello che gli arbitri non possono concedere.

La norma non impegna i decidenti a sentire subito tutte le parti, ma con disposizione equivalente prevede che gli arbitri possano modificare o revocare la cautela, persino d'ufficio (comma 6), a temperamento del potere esercitato, e dispone che il tribunale possa chiedere alle parti di rivelare qualunque mutamento delle circostanze sulle quali si è basata la concessione della cautela (comma 8).

Il comma 2 indica i fini a cui deve mirare il provvedimento cautelare. Il nuovo testo ne elenca quattro: a) la conservazione o il ripristino di una certa situazione di fatto; b) il blocco di iniziative che provocano o potrebbero causare un pregiudizio o che potrebbero mettere in pericolo lo svolgimento del procedimento arbitrale; c) conservazione di beni eventualmente destinati a soddisfare le pretese che dovessero risultare accolte dal lodo; d) preservare prove che potrebbero essere rilevanti per la definizione della controversia.

La tipologia delle situazioni menzionate non è esaustiva, e il nuovo testo esplicitamente dichiara che quelli elencati sono alcuni dei fini, ma che ve ne potrebbero benissimo essere altri meritevoli di essere perseguiti con la misura cautelare (“*without limitation*”). Sembrerebbe, quest’ultima apertura, una garanzia di flessibilità utile in situazioni non riconducibili alle fattispecie elencate, ed effettivamente potrebbe essere così. Va notato però che la disciplina di base riflette l’intento di massima di mantenere la cautela nell’ambito della conservazione, mentre la disponibilità di cui all’espressione in commento consentirà alle parti di premere per provvedimenti di carattere anticipatorio, con tutti i pericoli che questi comportano. L’esperienza dirà se i timori sono fondati.

Sul piano dei contenuti, alla tipicità dei provvedimenti si è preferita la flessibilità (“*open definition*”) che lascerà gli arbitri liberi di adottare i provvedimenti più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione (per usare la nostra terminologia).

Sul piano della forma, mentre la vecchia versione disponeva che il tribunale “potesse” pronunciare un lodo parziale, la nuova non offre indicazioni, dovendosi quindi pensare a libertà di forme, in verità più apparente che reale.

Come già detto, il comma 5 si occupa dell’eventualità di conflitto fra la legge regolatrice del procedimento e le regole d’arbitrato, stabilendo che le *rules* non limitano i diritti riconosciuti dalla *lex fori*. Nella stessa ottica, il comma 10 precisa che la presentazione di un’istanza cautelare al giudice statale non è incompatibile con la convenzione arbitrale, e non vale come rinuncia alla deroga.

I commi 7 e 9 si occupano delle spese. Il primo consente agli arbitri di imporre alla parte istante il deposito di una cauzione adeguata a tutela degli interessi di controparte, mentre il secondo aggiunge che il richiedente risponde per le spese e per i danni provocati da una cautela che non avrebbe dovuto essere concessa. Il tribunale arbitrale potrà pronunciare in tal senso anche con un lodo separato, in qualunque momento del procedimento, e dunque anche prima della pronuncia finale sul merito. Il che però sembra eccessivo in punto di liquidazione dei danni.

Nel complesso, la nuova versione è apprezzabile. Ottenuta la misura di protezione occorrerà risolvere quello che di solito si rivela il problema principale in materia: l’esecuzione forzata della misura cautelare disposta dagli arbitri. Qui le *rules* non possono intervenire e le parti dovranno necessariamente rivolgersi allo

Stato del luogo in cui la misura cautelare deve essere eseguita, utilizzando gli spazi del diritto internazionale processuale. Risulta arduo pensare che uno Stato (ad esempio, il nostro) presti la sua forza per l'esecuzione di misure emesse da privati, su richiesta di altri privati, magari senza contraddittorio, come non è facile immaginare le modalità di esecuzione. Riemerge, fondamentale, il problema della forma del provvedimento: finché la sanzione dell'inottemperanza resta sul piano endoprocedimentale, anche un'ordinanza servirà allo scopo, altrimenti converrà ricorrere all'espedito del lodo parziale se davvero si vuole sperare nell'esecuzione forzata.

## **DISPOSIZIONI SULLA PROVA E DISCIPLINA DELLE UDIENZE. TESTIMONI. CONSULENTI**

La versione originale del 1976 conteneva due articoli genericamente dedicati all'acquisizione della prova e alla disciplina delle udienze (artt. 24 e 25, ora artt. 27-28).

La partizione è stata mantenuta in sede di revisione, con disciplina però arricchita.

Il primo articolo riguarda l'acquisizione della prova testimoniale e delle consulenze (*evidence*). Fermo, ovviamente, che l'onere della prova ricade sulle parti che allegano, e fermo che sulla rilevanza e ammissibilità dei riscontri decide il tribunale, la nuova *rule* dispone che, salvo diversa disposizione degli arbitri, i testimoni possano inviare ai giudicanti deposizioni scritte, senza comparire di persona. Sul punto non c'è stata particolare discussione, anche perché questa è già la prassi in molti ordinamenti come riferito dalle delegazioni intervenute. Lo stesso vale per i consulenti tecnici nominati dalle parti, e per l'eventuale consulente dell'ufficio.

I consulenti sono tutti equiparati a testimoni, e il loro sapere confluisce nel procedimento nello stesso modo. E' ammessa la nomina di un CTU ad opera del Tribunale, ma non è affatto previsto che questi abbia il dovere di svolgere la funzione, lavorando insieme ai consulenti di parte.

Il CTU ha il potere di chiedere alle parti tutte le informazioni necessarie e pertinenti (e qui sorgono sovente problemi di diffusione di segreti industriali) e redatta la consulenza la consegna direttamente al Tribunale, che la trasmette alle parti. Su istanza delle quali può essere fissata un'udienza per l'interrogatorio del consulente ad opera delle parti (assistite dai loro tecnici).

Comunque, se il tribunale dovesse preferire un contatto diretto con il teste potrà scegliere fra convocarlo e sentirlo di persona, oppure organizzare una videoconferenza o altro equivalente, interrogando il teste su qualunque circostanza ritenuta rilevante.

Ancora, l'articolo dispone che in qualunque momento ("at any time") gli arbitri possano ordinare alle parti di integrare il loro compendio istruttorio entro un certo termine. Anche d'ufficio, senza limiti. Non ci sono sanzioni particolari

in caso di inottemperanza: semplicemente, gli arbitri decideranno valendosi dei riscontri disponibili (art. 28, comma 3, vecchio).

L'orientamento di fondo è di massimo favore per l'acquisizione di prove, senza preclusioni, con scelte che possono lasciare perplessi perché invasive dell'autonomia privata. Gli arbitri hanno il potere di ammettere le prove anche se offerte tardivamente, oltre i termini da loro stessi fissati; basta solo che lo ritengano opportuno, senza farsi carico delle giustificazioni della parte inadempiente, o delle proteste di controparte. L'articolo non affronta il problema della collaborazione con l'autorità giudiziaria, che sarà disciplinata dalla *lex fori*, laddove possibile.

L'art. 28 (vecchio art. 25) riguarda la gestione delle udienze ("hearings", lo stesso termine del processo ordinario), l'escussione dei testimoni e dei c.d. esperti.

Nel Working Group si sono contrapposti due orientamenti: da un lato, gli esponenti dei Paesi dove l'arbitrato internazionale è più diffuso sostenevano l'opportunità che, affermato il diritto alla prova come componente essenziale del *due process*, le norme regolatrici lasciassero agli arbitri ampi margini di discrezionalità; dall'altro, invece, chi parlava come esponente di ordinamenti dove l'arbitrato è meno frequente pensava a regole precise, limitatrici dei poteri degli arbitri. Alla fine ha prevalso un indirizzo formalmente di mediazione fra le due posizioni, ma in fondo sostanzialmente attestato sul testo vigente dell'articolo che lascia l'organizzazione delle udienze agli arbitri.

Le parti devono indicare con ragionevole anticipo i nomi di coloro che devono essere sentiti e, se gli arbitri condividono ammissibilità e rilevanza, si procede all'audizione diretta ("may be heard"): le parti possono presenziare, ma non gli altri testi, una regola questa su cui si sono accese (inspiegabilmente) vaste discussioni. Non c'è un'esplicita previsione sull'ammissibilità della *cross examination*, tanto cara al processo di *common law*, ritenuta comunque ammissibile. Nessuno ha ventilato l'obbligo di predisporre capitoli di prova ai quali ancorare le deposizioni.

Interessante è la disposizione che disciplina (con terminologia qui solo evocativa di scritti antichi) la c.d. testimonianza pacificamente consentita della parte. La norma, nel regolare l'acquisizione dei saperi, equipara, sul piano delle forme, l'ingresso dei contributi dei terzi a quelli delle parti, e dispone che nell'arbitrato può "testimoniare" qualunque persona fisica, anche se parte o legata ad una delle parti, senza discriminare. Ovvio che tutti sono perfettamente consapevoli che certi contributi possono essere inquinati dall'interesse all'esito del procedimento, ma non per questo si pensa di rinunciare ad acquisirli, e di alzare barriere, che potevano avere un senso in passato, nel processo statale a protezione di giudici (e giurati in *common law*), ma che non ne hanno certo adesso, in arbitrato.

E' appena il caso di rilevare come la sola "testimonianza" non basti a sollevare la parte dall'onere di provare le sue allegazioni, con altri convincenti riscontri.

## IL LODO. L'IMPUGNAZIONE. L'INTERPRETAZIONE AUTENTICA. IL LODO "AGGIUNTO"

Le disposizioni sul lodo sono in linea con quelle conosciute nei maggiori ordinamenti, con qualche peculiarità.

Secondo l'art. 31, la decisione va presa a maggioranza, salvo un diverso accordo fra le parti, ovviamente a favore dell'unanimità. Questa seconda regola, strana per noi, rischia di paralizzare qualunque definizione della controversia, oppure di favorire una specie di decisionismo equitativo non auspicabile. Non sono stati riportati esempi di applicazioni pratiche.

E' previsto che possano essere conferiti al presidente del collegio poteri ordinatori, ma gli altri arbitri hanno il controllo sulle decisioni adottate, potere da collocare nell'ambito del generale principio della modificabilità dei provvedimenti di gestione del procedimento, peraltro non menzionato.

L'art. 32 riguarda la forma e l'effetto dei lodi, di qualunque tipo. I requisiti sono quelli abituali (scritto, firmato, ecc.): la pronuncia deve essere motivata, salvo il diverso accordo fra le parti. Un'eccezione questa che riflette l'esperienza di *common law*, dove in passato l'assenza di motivazione era frequente, ma dove peraltro la tendenza ora prevalente è quella a favore della motivazione.

186

Il lodo è "final and binding", intendendosi che esso è vincolante fra le parti. Il linguaggio è perentorio. Si presume che con la stipula della convenzione arbitrale le parti abbiano inteso rinunciare all'impugnazione del lodo ("appeal" è revisione degli errori di diritto) in qualunque sede. La rinuncia all'impugnazione per vizi di rito ("setting aside") invece non è presunta, ma è del pari ammissibile, se esplicitamente stipulata fra le parti. tutto questo solo se la *lex fori* lo permette. Com'è noto, in Italia, l'impugnazione per vizi di rito non è rinunciabile, per cui l'adozione delle *rules* non inciderebbe più di tanto sui diritti delle parti.

L'art. 33 dispone sulla legge regolatrice del merito, con l'abituale scansione che attribuisce alle parti la facoltà di scelta, e in difetto demanda agli arbitri la determinazione, indicando però i criteri da seguire.

Qui si tratta di arbitrati internazionali (in senso lato) dove occorre individuare le norme regolatrici di rapporti aventi elementi di estraneità, che è operazione abitualmente svolta applicando i criteri di diritto internazionale privato e le relative Convenzioni.

La *rule* deroga a tale principio offrendo alle parti la facoltà di stabilire, di comune intesa, la disciplina sostanziale di riferimento, in tal modo sottraendosi ai comandi delle regole di conflitto. La scelta ha per oggetto una legge statale (non si affronta il problema della c.d. *lex mercatoria*), vigente, legge generalmente intesa, e non singole disposizioni (*law*, e non *rules of law*), e può essere mutata nel corso del procedimento, con l'unico limite della concreta attuabilità dell'opzione

voluta. Nell'esperienza i mutamenti avvengono e sono in genere ispirati da esigenze fiscali: frequente quella di scegliere una certa legge per disciplinare problemi societari e una diversa per i rapporti commerciali, o quella di rinunciare ad una certa disciplina se modificata da nuove norme.

In ipotesi, come in tutti gli altri regolamenti arbitrali, tocca agli arbitri scegliere la legge applicabile. Proponevano alcuni che la scelta dovesse cadere sulla legge con cui la controversia aveva il legame più stretto, soluzione (per così dire) tradizionale con evidente richiamo alla Convenzione di Roma, mentre altri optavano per una locuzione più ampia che consentisse agli arbitri di scegliere la legge che ritengono più "appropriata". Questa seconda è stata la soluzione preferita.

La discrezionalità non è tuttavia illimitata perché si prevede che gli arbitri debbano comunque tener conto del contratto di riferimento e degli usi del commercio applicabili nel caso di specie. C'è stata ampia discussione sull'uso del termine "contract" che in *common law* ha significato più ristretto che negli altri sistemi (un classico del diritto comparato) preferendo alcuni usare *agreement*, di carattere omnicomprensivo. E' rimasto "contract".

L'art. 33 prevede che l'autonomia delle parti consenta loro di sganciarsi dal diritto positivo e di autorizzare gli arbitri a decidere secondo equità (*ex aequo et bono*). L'autorizzazione deve essere espressa, e la scelta deve essere ammissibile in base alla legge regolatrice del procedimento. Non c'è stata analisi della nozione di equità (inappropriata in quella sede), ma l'impressione è comunque si stesse parlando di equità correttiva, una regola di giudizio non antitetica al diritto, e in ogni caso riconducibile ai principi generali dell'ordinamento giuridico di riferimento per le parti.

La sezione dedicata al lodo termina con disposizioni abbastanza peculiari, da leggere tuttavia tenendo presente la quasi totale impossibilità di impugnazione.

La prima è nell'art. 35 (vecchia numerazione) dove è previsto che ciascuna parte ricevuto il lodo, entro un breve termine, possa chiedere agli arbitri una sorta di interpretazione autentica del documento. Vale a dire, uno scritto in cui gli arbitri spiegano cosa volevano dire nel provvedimento finale da loro reso, scritto da redigere nelle stesse forme del lodo interpretato, di cui diviene parte integrante.

La seconda è nell'art 36 (vecchia numerazione) e concerne la correzione del lodo viziato da errori materiali, di calcolo, o altro come previsto anche da noi.

La terza è nell'art. 37 (vecchia numerazione) ed è forse quella più particolare. Ricevuto il lodo, ciascuna parte può chiedere agli arbitri di sanare il vizio di omessa pronuncia su domande presentate, ma non decise. Se il tribunale ritiene l'istanza fondata, e se pensa di poter pronunciare allo stato degli atti, senza bisogno di ulteriori prove e nuove udienze, può pronunciare un lodo aggiuntivo ("additional award").

Vincenzo Vigoriti

La disposizione è sorprendente, perché subito fa sorgere il timore che essa divenga veicolo per impugnazioni surrettizie, altrimenti precluse. Va detto però che non c'è stata alcuna discussione sul punto.

## REFERÊNCIAS

The Uncitral Notes on Organizing Arbitral Proceedings, reperibile in rete, e anche in *Codice degli Arbitrati*, a cura di BUONFRATI e GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, 2006.

VIGORITI, Vincenzo. La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione? *Rivista del'Arbitrato*, Milano: Giuffrè, 2009.

VIGORITI, Vincenzo. Towards a common law of arbitration. *5 Am. Rev. Int. Arb.*, p. 29, 1995.

VIGORITI, L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane. Disponível em: <[http://judicium.it/news/ins\\_19\\_11\\_09/Vigoriti,%20osservatorio%20class%20action.html](http://judicium.it/news/ins_19_11_09/Vigoriti,%20osservatorio%20class%20action.html)>. Acesso em: 2 fev. 2010.

Data de recebimento: 12/05/2010

Data de aprovação: 30/11/2010

# EUGENIAS VELHAS E NOVAS: SINGELO APORTE PARA O DEBATE

## NEW AND OLD EUGENICS: BRIEF CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE

**Ricardo Rabinovich-Berkman\***

*“They couldn’t take you now. Look – you have a soul;  
the law says a twelve-year-old boy has a soul”*  
Philip K. Dick, *The pre-persons*, 1974.

### RESUMO

Com a difusão do modelo explicativo das mudanças morfológicas formulado por Darwin em 1859 (*Origem das espécies*), não tardou em surgir a ideia de intervir de forma ativa sobre a própria espécie humana para melhorá-la. Tal foi a proposta que insinuou Galton em 1869 (*O gênio hereditário*), e reforçou-se com *A descendência do homem*, publicada por Darwin em 1871, bem como a relação involução-criminalidade sustentada por Lombroso cinco anos depois. Apareceu, assim, a ciência eugênica, que teve, especialmente depois da aparição em 1920 da obra de Binding e Hoche, grande influência nos extermínios nazistas e outras ideologias discriminatórias. O artigo, partindo desse contexto, visa refletir sobre as condições jurídico-normativas que seriam necessárias para se implementar hoje uma recepção da eugenia atual no direito.

**Palavras-chave:** Eugenia; Recepção; Direito.

### ABSTRACT

With the diffusion of the explicative model of the morphologic changes established by Darwin in 1859 (*Origin of species*), the idea of actively intervening in order to improve the human species soon followed. This was insinuated by Galton in 1869 (*Hereditary Genius*) and reinforced by the *Descent of Man* published by Darwin in 1871 and by the criminality-involution relation sustained by Lombroso five years later. Eugenics thus

---

\* Professor Doutor da Universidad de Buenos Aires. Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB), Buenos Aires, Argentina. Correspondência para / *Correspondence to:* Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB), Buenos Aires, Argentina. E-mail: rabinovich@gmail.com.

appeared, especially following Binding and Hoche works on 1920, and greatly influenced nazism and other discriminatory ideologies. This paper, starting from this context, aims to reflect on the juridical-normative conditions that are needed to allow for the implementation of the reception of Eugenics into Law nowadays.

**Keywords:** Eugenics; Reception; Law.

## PÓRTICO

O ano passado fez um século e meio desde 1859, ano em que Charles Darwin apresentou seu modelo explicativo das mudanças nas espécies<sup>1</sup>. Sua obra trazia óbvias influências da demossociologia ensaiada no século anterior, com mais criatividade que razões, por seu conterrâneo Thomas Malthus<sup>2</sup>, e não tão óbvias influências da cosmovisão econômica liberal, também desenvolvida por ingleses, como Adam Smith e David Ricardo.

A evolução (plasmada no famoso desenho arbóreo que continha o livro de 1859<sup>3</sup>) era o resultado de uma luta denodada (*struggle*) pela existência, pela possibilidade de reproduzir-se. Em realidade, a submissão à noção de progresso, instalada definitivamente por Auguste Comte na década de 1830, instila uma sutil contradição na *Origem das espécies*, porque a *struggle for life* é, em rigor de verdade, como a fórmula Darwin, algo asséptico do ponto de vista axiológico, ou seja, nem bom nem ruim. É relativo às circunstâncias e gera mudanças somente suscetíveis de uma valoração: bem ou mal-sucedidas.

A barata, por exemplo, é uma resposta sumamente bem-sucedida à luta pela existência, tanto que quase não mudou em milhões de anos. Já o megatério teve uma presença bastante breve no colossal segmento temporal da biosfera. Na árvore de Darwin, porém, o megatério estaria em nível evolucionário bem acima da barata, por ter sido um mamífero.

O ente humano, implicitamente, estaria sempre na cúspide do gráfico: mamífero, e o mais inteligente. O animal mais “evoluído”, portanto, com toda a predeterminação e o fatalismo que traz esse conceito. Do livro de 1859, contudo, não se desprendia qualquer intervenção voluntária da espécie humana para ter chegado a esse pináculo.

Mas, sendo Darwin um granjeiro criador de pombos e outros animais, se destacava a comparação entre a tarefa seletiva do pecuarista, ou do columbófilo, que

<sup>1</sup> DARWIN, Charles. *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*. London: Murray, 1859, passim.

<sup>2</sup> MALTHUS, Thomas. *An essay on the principle of population, as it affects the future improvement of society, with remarks on the speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and Other Writers*. London: Johnson, 1798, passim.

<sup>3</sup> O gráfico pode ver-se, por exemplo, em: <[http://darwin-online.org.uk/converted/published/1872\\_Origin\\_F391/1872\\_Origin\\_F391\\_figdiagram.jpg](http://darwin-online.org.uk/converted/published/1872_Origin_F391/1872_Origin_F391_figdiagram.jpg)>. Acesso em: fev. 2010.

vai trabalhando sobre a reprodução dos seus espécimes, permitindo-a em alguns, fomentando-a em outros, impedindo-a nos restantes, e a natureza.

O granjeiro tem um modelo arquetípico, um ideal do animal almejado, e seleciona nesse sentido. Já na natureza isto não ocorre, porque a natureza não tem cérebro nem consciência. Com tempos muitíssimo maiores, a “seleção natural” responderia à adequação aos cambiantes cenários e às formas atrativas para o gênero complementar.

## A HORA DA EUGENIA

A partir de então, surgiu a retroalimentação de ideias entre dois primos inquietos: Darwin e Francis Galton. As peças já estavam todas contidas na obra de 1859; faltava somente movimentá-las. A pergunta se importava, mais cedo ou mais tarde, até caldeada por algumas insinuações do *Ensaio sobre o princípio da povoação*, de Malthus<sup>4</sup>: E por que não criar uma humanidade melhor? Por que, em vez de deixar ao acaso da natureza a evolução da nossa espécie, não operarmos como os granjeiros, com um modelo em mente?

A resposta, na trilha da eugenia, se esboça em *O gênio hereditário* de Galton<sup>5</sup>, obra tomada como referência por Darwin, dois anos depois, na *A Descendência do homem*<sup>6</sup>.

Desde esse momento, e coletando supostos precedentes clássicos, caracteristicamente o duvidoso caso de Esparta, bem como dados de exploradores e antropólogos contemporâneos, como os que transcreve Darwin em *A descendência do homem*, se constrói a proposta atraente da “granja humana”.

No início, essa posição é tímida e nada coercitiva. Porém, com o triunfo das ideias do neurocirurgião italiano Cesare Lombroso, acerca da relação entre involução biológica e criminalidade nata<sup>7</sup>, e a derrota do modelo liberal de abstenção estatal, o esquema cambia diametralmente. O progresso, esse deus faminto, exige que se atue, com rigor e sem compaixão. Darwin já tinha falado, na *Origem das espécies*, que nada atroz há na morte e na desgraça geradas pela *struggle for existence*<sup>8</sup>. Em *A descendência do homem*, ele havia anunciado que as “raças menos evoluídas” estavam condenadas à extinção.

<sup>4</sup> Por exemplo, os pontos v. 2, XVII.7 y XVII.10 (Malthus, 1798).

<sup>5</sup> GALTON, Francis. *Hereditary genius. An inquiry into its laws and consequences*. London: Macmillan, 1869.

<sup>6</sup> DARWIN, Charles. *The descent of man, and selection in relation to sex*. London: Murray, 1871.

<sup>7</sup> LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. Milano: Hoepli, 1876.

<sup>8</sup> Assim conclui o capítulo Combate pela existência: “Tudo o que podemos fazer é manter firmemente em mente que todo ser orgânico está lutando [*striving*] para incrementar-se em proporção geométrica; que cada um, em algum período da vida, durante alguma estação do ano, durante cada geração ou a intervalos, deve lutar pela vida, e sofrer grande destruição. Quando refletimos acerca de este combate [*struggle*], podemos consolar-nos com a plena crença de que a guerra da natureza [*war of nature*] não é incessante, que não se sente medo, que a morte é geralmente veloz, e que os vigorosos, os sadios, e os felizes [*happy*] sobrevivem e se multiplicam”.

Hitler e o nazismo se eternizaram como símbolos de uma política eugênica proativa, baseada em um esquema jurídico normativo específico, geradora de leis (como as quatro “leis raciais” dadas em Nuremberg em 1935), decretos e sentenças, e até instituições judiciais, como os Tribunais de Saúde Hereditária.

Desde o *Mein Kampf*, o caudilho austríaco proclamava essas medidas, que acreditava deviam andar junto às purgas antisemitas, também entendidas, em chave darwiniana, como única resposta possível diante do estado da ciência. O nazismo, com sua curiosa e desorganizada mistura de elementos conservadores e modernistas, nesse ponto via a si próprio extremamente atual e progressista<sup>9</sup>. Na torturada visão hitleriana dos ensinamentos de Nietzsche de *Assim falou Zaratustra*, o III Reich se dedicava a fazer nascer o super-homem.

Mas Hitler não estava sozinho. As ideias de uma política forte estatal de aprimoramento do ser humano, no sentido da construção de uma espécie de gente “branca”, que respondesse ao arquétipo do atleta-artista, sadio e forte, generoso e obediente, de cérebro ágil, mas espírito infantil e ingênuo, eram compartilhadas em grande parte do mundo. Estavam presentes, de diferentes maneiras, nos outros sistemas totalitários, tanto de direita como de esquerda. Pense-se em Nicola Pende, em Telesio Interlandi, na revista *A defesa da raça*, na Itália fascista. Pense-se em Vallejo Nájera na Espanha de Franco e nas expressões correlativas aos “estados novos” da Grécia sob Ioannis Metaxas e de Portugal, de Oliveira Salazar.

192

Mas, essas ideias também não faltavam em países afastados das ideias fascistas, desde as décadas anteriores. Pense-se, nesse sentido, no médico e antropólogo brasileiro Raimundo Nina Rodrigues (1862-1906).

E essas posturas eram inúmeras nos Estados Unidos dos anos 1920 e 1930, onde encantavam os professores universitários e investigadores, e deram base a leis e sentenças<sup>10</sup>. Compartilhavam-nas intelectuais de toda a América Latina, em especial médicos, como também advogados e outros universitários<sup>11</sup>.

Fatores como o antissemitismo podiam estar presentes ou não<sup>12</sup>. Já o racismo contra os “negros” ou os indígenas norte-americanos, que tem claras bases

---

<sup>9</sup> Como recorda Albert Jacquard: “Um geneticista, Von Vershuer, diretor do Instituto de Antropologia de Berlin, felicitou Hitler por ser o primeiro homem de Estado que fez dos legados da biologia hereditária um princípio diretor da conduta do Estado” (JACQUARD, Albert. *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*. Paris: Calmann-Levy, 1997. p. 85).

<sup>10</sup> Ver os dados de: LIFTON, Robert Jay. *The nazi doctors, medical killing and the psychology of genocide*. EUA: Basic, 1986, passim.

<sup>11</sup> MIRANDA, Marisa; VALLEJO, Gustavo (Comp.). *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005, passim.

<sup>12</sup> O antissemitismo darwiniano é raro, pois no modelo “clássico” evolucionista os hebreus aparecem como “raça” branca, superior como as outras europeias. Destacados seguidores das ideias de Darwin foram israelitas, sendo quicá o mais emblemático Lombroso. Especialmente no século XX, porém, amiúde se adequaram os conteúdos para discriminar os judeus. O médio foi colocado a serviço da finalidade, alterando-o na medida conveniente. No discurso fascista, por

darwinianas<sup>13</sup> (mesmo que nesse ponto o naturalista inglês tenha se limitado a seguir as ideias compartilhadas na época, embora carentes de estrutura científica), se mostrou praticamente universal<sup>14</sup>.

Igualmente, a cosmovisão estética filonazista (os louros altos de olhos celestes como paradigma da beleza), magnificamente simbolizada na boneca “Barbie”, se impôs<sup>15</sup>, e a pressão social em demanda de “perfeição” (como total ausência de defeitos físicos) se plasmou na mídia, desde o cinema até a internet, passando pela televisão<sup>16</sup>.

## O PANORAMA ATUAL

Desde o último quarto do século XX, a humanidade possui a possibilidade tecnológica de intervir biologicamente na própria espécie. O êxito da fecundação extrauterina é cada vez maior. Desenvolveu-se a criopreservação (conservação por congelamento) de embriões, ovócitos pronucleados (óvulos nos quais já ingressou o núcleo de um espermatozoide, mas sem ter-se conjugado ainda os cromossomos de ambos) e gametas. Cresceu o alcance da chamada “engenharia genética”.

Tudo isso abriu a alternativa de levar a “granja humana” a níveis antes impensados<sup>17</sup>.

Hipoteticamente, se num futuro se deixasse de praticar a fecundação intrauterina (para chamá-la de algum modo), todos os embriões poderiam ser comprovados antes da implantação. Aqueles que apresentassem sinais de alguma doença ou deformidade, ou simples sinais de predisposição para contrair enfermidades importantes, então, poderiam ser descartados, ou congelados para esperar pela cura para tais imperfeições<sup>18</sup>.

---

exemplo, se apontou mais à aduzida impossibilidade do judeu de integrar-se nas comunidades nacionais dos países em que vivia.

<sup>13</sup> Faça-se este exercício: Coloque na busca por imagens do Google *Darwin “man evolution”*. Ver-se-á que, na maioria dos desenhos, a evolução “termina” no homem (não na mulher) branco.

<sup>14</sup> A inferioridade destas “raças” deu-se amiúde por sentada, com argumentos, se alguém os requeria, do estilo daquele que Darwin proporciona para “demonstrar” a menor capacidade da mulher: “Se fizéssemos duas listas com os homens e mulheres mais eminentes em poesia, pintura, escultura, música (compreendidas composição e performance), história, ciência e filosofia, com meia dúzia de nomes para cada tema, as duas listas não resistiriam a comparação” (DARWIN, 1871, p. 327).

<sup>15</sup> Tratei este tema várias vezes, por exemplo, em: RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo *¿Venció el nazismo? Fronda*, Invierno, Granada, España, 2004.

<sup>16</sup> Por exemplo, o filme *Gattaca* (Andrew Niccol, 1997).

<sup>17</sup> Ao professor cubano Eusebio Hernández se deve a criação do termo “homicultura”, que ele defendia no nascimento da expressão: “Com razão diz Dr. Ramos que a palavra Puericultura não responde ao conceito dessa Ciência tão bem compreendido e exposta na definição do professor Pinard: *A Puericultura (diz Pinard) é a ciência que tem por objeto a investigação dos conhecimentos relativos à reprodução, à conservação e ao melhoramento da espécie humana*. Nós cremos que essa definição está mais bem compreendida no vocábulo Homicultura (cultivo da espécie Homo)” (HERNÁNDEZ, Eusebio. *Homicultura. Sanidad y beneficencia*, t. IV, ano 2, Havana, p. 9-12, 1910).

<sup>18</sup> Os baixos índices de descongelamento de embriões preservados que se veem em todos os países que praticam o congelamento e que resultam no aumento dos embriões congelados (o que gera um problema à parte) mostram que o predicado “depois descongelaremos” busca mais tranquilizar consciências que outra coisa.

Na medida em que os instrumentos de detecção de características do embrião melhorassem, seria fatível também predizer aspectos estéticos, como a cor da pele, ou dos cabelos, os olhos, a estatura... E, claro, o sexo<sup>19</sup>.

Os limites entre o que é estético e o que faz parte da saúde são incertos, sobretudo, com fórmulas amplas de definição da saúde, como a da OMS, que inclui fatores mentais e sociais.

Sem dúvida, a sensação de fealdade pode gerar prejuízos psicológicos. Por isso, as deformações resultantes de acidentes ou delitos são indenizadas, fundamentalmente, pela via do “dano moral”, “dano psicológico” ou “dano ao projeto de vida” (segundo a fecunda teoria desenvolvida pelo professor peruano Carlos Fernández Sessarego). Logicamente, ninguém ainda ousou sustentar que tais prejuízos não devam ser ressarcidos, por não trazer, a quem os padece, qualquer menoscabo.

“O essencial é invisível para os olhos”, como poeticamente dizia Antoine de Saint-Exupéry, mas, na verdade, os olhos são os instrumentos por meio dos quais a maioria dos seres humanos enxerga. E acontece que o não essencial, tristemente ou não, continua a ter importância enorme para uma impressionante quantidade de pessoas, o autor destas humildes linhas incluso.

Aquela essencialidade, aliás, não parece ser algo absoluto. Ao contrário, tudo indica que depende muito de cada cultura e de cada cosmovisão. Para a civilização grega clássica, por exemplo, o aspecto estético, a beleza, era essencial (isso se nota, inclusive, nos antimodelos, como Sócrates, com sua proverbial fealdade).

No atual patamar da sociedade, na maioria dos países, e em toda a América Latina, a possibilidade de que os pais escolham como vão ser seus filhos estaria limitada a uma capa bastante reduzida da população, única capaz de afrontar economicamente os procedimentos necessários.

Para outros, a fecundação seguiria sendo o caminho clássico, e continuariam a ter filhos enfermos, disformes e “feios” (ou seja, parecidos aos pais, que raras vezes, nessas comunidades, encarnam os critérios de beleza predominantes, embora sejam a maioria). Em muitos países se nota uma pressão forte e crescente dos setores sindicalizados para obter as técnicas de fecundação extrauterina por via social.

## NECESSIDADES NORMATIVAS DA SOCIEDADE EUGÊNICA

Uma sociedade eugênica proativa, na qual a tecnologia biológica esteja ao serviço de um programa oficial ou dos inúmeros projetos daqueles que têm o poder econômico para levá-los adiante (alternativa mais concordante com o estado capitalista), requer uma estrutura jurídica normativa.

Na América Latina, tal estrutura dever-se-ia basear sobretudo em leis, porque na região a lei é a fonte de normas de conduta obrigatórias por excelência.

<sup>19</sup> Essas possibilidades já existem e geraram os “bebês de cardápio” que os laboratórios oferecem aos pais para que escolham as características que desejam para os filhos. Isso, claro está, se cobra, e não pouco.

E essas leis deveriam modificar princípios arraigados na tradição latino-americana. Assim, por exemplo, deveriam estabelecer a não humanidade do embrião e, dessa forma, não poderiam ser-lhe imputados direitos humanos.

Nesse sentido, seguramente, empregar-se-ia o conceito de “pessoa” mas no sentido que lhe construiu a escola germânica do século XIX (“Escola das Pandectas”), e que terminara de delinear o jurista austríaco Hans Kelsen no século seguinte. Em outras palavras, a ideia de que “pessoa” e “ser humano” são duas noções completamente distintas, sendo a primeira técnico-jurídica e a segunda meramente biológica.

Apenas a “personalidade” geraria direitos. Então, tirando aos embriões o caráter de “pessoas”, poder-se-ia fazer-lhes qualquer coisa. Sequer seria necessário discutir a humanidade deles. Claro que isso exigiria substituir o conceito de “direitos humanos” (que derivam da mera pertença à nossa espécie) pelo de “direitos da personalidade”.

Estabelecida a não humanidade ou a não personalidade do embrião, impor-se-ia a sua determinação como “coisa dos seus pais”. Talvez esse passo não precisasse de concretização em nível legal, senão que bastaria o estrato jurisprudencial, pois, uma vez despersonalizado o embrião, sua ontologia de coisa se apresentaria como uma possibilidade muito forte.

Ficaria sempre a muralha da humanidade do embrião; isso, claro, se ele também já não tivesse sido desumanizado antes, sustentando na lei ou na jurisprudência, por exemplo, que a humanidade começa quando se gera o sistema nervoso central. Ou seja, que não se trata da muralha chinesa.

Atenção, porém: se não se conseguisse fundamentar a não humanidade do embrião, e, ao mesmo tempo, ele fosse considerado coisa, estaríamos ante o regresso da humanidade-coisa, terrível binômio que, desde a abolição da escravatura, não se revia.

Somente uma vez estabelecido o caráter de coisa, e a propriedade dessa coisa garantida aos progenitores, ou seja, localizado o embrião humano no lugar de *asset* dentro do mercado (ou da sociedade de consumo, se preferir), poderia realmente desenvolver-se uma biotecnologia neoliberal eugênica, do tipo daquela advertida por Jürgen Habermas<sup>20</sup>.

Uma sequela dessa transformação normativa seria a total abertura da possibilidade de clonar seres humanos.

A clonagem em si, porém, não requer modificações legais para ser lícita, se realizada apenas com alvo reprodutivo, e são implantados imediatamente todos os embriões clonados. Não caberiam dúvidas, em nenhum país latino-americano, da humanidade-personalidade dos clones e, portanto, da sua titularidade de direitos essenciais.

Mas, mais uma vez, atenção: justamente em razão dessa indiscutível humanidade-personalidade, não seria lícita a utilização dos clones como repositórios de órgãos, ou com qualquer outro destino que implicasse a consideração deles como coisas.

<sup>20</sup> HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós, 2002, passim.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentam-se hoje, aos desejos eugênicos, alguns bem intencionados, outros delirantes, e ainda alguns malévolos, possibilidades tecnológicas que Hitler, Galton e Lombroso não imaginaram nem nos seus mais turbulentos sonhos.

As motivações podem ser nobres, como a cura das doenças. Porém, será que é uma forma de curar uma doença congelar para sempre os embriões onde ela está guardada, ou aqueles que apresentam predisposição em manifestá-la?

Outras motivações são ainda mais discutíveis, especialmente as vinculadas com critérios estéticos.

Está nas mãos da sociedade, todavia e, sobretudo, dos juristas, abrir ou fechar caminhos, por meio dos sistemas normativos. Para tanto, impõe-se a profunda reflexão ética, a tranqüila pesagem dos riscos e benefícios, o debate livre e aberto, sem restrições nem preconceitos, com muita serenidade.

Para tal debate espera-se, modestamente, que esses breves parágrafos possam ter sido de alguma utilidade, mesmo que pequena.

## REFERÊNCIAS

- DARWIN, Charles. *The descent of man, and selection in relation to sex*. Murray: London, 1871.
- DARWIN, Charles. *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life*. London: Murray, 1859.
- GALTON, Francis. *Hereditary genius*. An inquiry into its laws and consequences. London: Macmillan, 1869.
- HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós, 2002.
- HERNÁNDEZ, Eusébio. Homicultura. *Sanidad y Beneficencia*, t. IV, ano 2, Havana, p. 9-12, 1910.
- JACQUARD, Albert. *Petite philosophie à l'usage des non-philosophes*. Paris: Calmann-Levy, 1997.
- LIFTON, Robert Jay. *The nazi doctors, medical killing and the psychology of genocide*. EUA: Basic, 1986.
- LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente*. Milano: Hoepli, 1876.
- MALTHUS, Thomas. *An essay on the principle of population, as it affects the future improvement of society, with remarks on the speculations of Mr. Godwin, M. Condorcet, and Other Writers*. London: Johnson, 1798.
- MIRANDA, Marisa; VALLEJO, Gustavo (Comp.). *Darwinismo social y eugenesia en el mundo latino*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2005.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *¿Venció el nazismo? Fronda*, Invierno, Granada, España, 2004.

Data de recebimento: 12/06/2010

Data de aprovação: 31/08/2010