



# DESC

**DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP

Nº 01 | VOLUME 1 | Jul/Dez 2018

# EDITORIAL



## Revista DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea

Volume 1, número 1, julho-dezembro de 2018

ISSN: em obtenção.

## PUBLICAÇÃO DAS FACULDADES DE CAMPINAS - FACAMP

Endereço: Rua Alan Turing, nº 805 Barão Geraldo - Campinas - SP Caixa Postal 6016 Cep: 13083-898

Telefones: 0800 770 7872 / (19) 3754 8500

**João Manuel Cardoso de Mello**  
Diretor Geral da FACAMP

## EDITORIA DA REVISTA DESC

**José Antonio Siqueira Pontes**  
Editor-chefe  
jose.pontes@facamp.com.br

**Celso Naoto Kashiura Jr.**  
Editor-chefe-adjunto  
celso.kashiura@facamp.com.br

**Antonio Roberto Sanches Jr.**  
Secretário executivo  
antonio.junior@facamp.com.br

## CONSELHO EXECUTIVO

**Alaôr Caffé Alves**  
Faculdades de Campinas

**Angela Rita Franco Donaggio**  
Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Bernardina Ferreira Furtado Abrão**  
Faculdades de Campinas

**Cristiano Pereira Garcia**  
Faculdades de Campinas

**Fauzi Hassan Choukr**  
Faculdades de Campinas

**Karin Klemp Franco**  
Faculdades de Campinas

**Jânia Maria Lopes Saldanha**  
Universidade Federal de Santa Maria

**Lígia Paula Pires Pinto Sica**  
Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Marcelo de Azevedo Granato**  
Faculdades de Campinas

**Oswaldo Akamine Jr.**  
Faculdades de Campinas

**Reinaldo de Francisco Fernandes**  
Faculdades de Campinas

## DIAGRAMAÇÃO

FACAMP

## CONSELHO EDITORIAL

- Alberto Levi*  
Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia/Itália
- Alessia Magliacane*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França
- Alessandra Devulsky da Silva Tisescu*  
Université du Québec à Montréal/Canadá
- Anna Tzanaki*  
Lund University/Suécia
- Carlos Eduardo Adriano Japiassú*  
Universidade Estácio de Sá/RJ
- Fabrcio Bertini Pasquot Polido*  
Universidade Federal de Minas Gerais/MG
- Francesco Pallante*  
Università degli Studi di Torino/Itália
- Francesco Rubino*  
Université Paris Nanterre/França
- James Cavallaro*  
Stanford Law School/EUA
- Jan Kleinheisterkamp*  
London School of Economics/Reino Unido
- Jan Peter Schmidt*  
Max Planck Institut/Alemanha
- Juan Luis Gomes Colomer*  
Universidad Jaume I/Espanha
- Lucila de Almeida*  
University of Helsinki/Finlândia, European University Institute/Itália
- Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo*  
Faculdades de Campinas/SP
- Manuel Alejandro Gómez*  
Florida International University College of Law/EUA
- Michael Lowy*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França
- Michelangelo Bovero*  
Università degli Studi di Torino/Itália
- Miguel Martínez Muñoz*  
Universidad Pontificia Comillas/Espanha
- Newton de Menezes Albuquerque*  
Universidade de Fortaleza/CE
- Pasquale Bronzo*  
Universidade La Sapienza/Itália
- Pierre Mousseron*  
Université de Montpellier/França
- Rui Cunha Martins*  
Universidade de Coimbra/Portugal
- Rui Dias*  
Universidade de Coimbra/Portugal

## FECHAMENTO DA EDIÇÃO:

13/12/2018

## PÁGINA WEB E CONTATO:

[revista.desc@facamp.com.br](mailto:revista.desc@facamp.com.br)  
<http://desc.facamp.com.br>

# SUMÁRIO

## APRESENTAÇÃO

PRESENTATION - FOREWORD

### O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO

THE CONTRACT OF SURROGACY FOR PAYMENT UNDER BRAZILIAN LAW

**Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave**  
**Débora Medeiros Teixeira de Araújo**

10

### NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS EN EL SISTEMA ITALIANO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA DENOMINADA “CULPA DE ORGANIZACIÓN”\*

NOTES ABOUT “EX CRIMINE” LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE ITALIAN SYSTEM,  
WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE SO-CALLED “ORGANIZATIONAL FAULT”

**Anna Salvina Valenzano**

33

### POSIÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS DO ARTIGO 190 DO CPC/15

Breve cenário após dois anos de vigência do CPC/15

JUDICIARY POSITIONS ON NON-TYPICAL PROCEDURAL LEGAL TRANSACTIONS

ENROLLED IN ARTICLE 190 OF THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

Brief scenario after two years of CPC/15

**Elias Marques de Medeiros Neto**

56

### IL PROBLEMA COSTITUZIONALE DELL'ATTUAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI

THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS

**Francesco Pallante**

70

### BREVÍSSIMAS REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, DO CPC DE 1973 AO CPC DE 2015

CONSIDERATIONS ON THE EVOLUTION OF REPETITIVE LITIGATION IN BRAZILIAN LAW, FROM THE 1973 CIVIL  
PROCEDURE CODE TO THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

**Heitor Vitor Mendonça Sica**

83

### RISE AND FALL OF THE CLASSIC CONCEPT OF PRIVATE LAW: LESSONS FROM THE LEGAL CONSCIOUSNESS OF EUROPEAN PRIVATE LAW

ASCENSÃO E QUEDA DO CONCEITO CLÁSSICO DE DIREITO PRIVADO:  
LIÇÕES DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA DO DIREITO PRIVADO EUROPEU

**Lucila de Almeida**

95

<p><b>CHE COSA NON È DECIDIBILE</b> <b>Cinque regioni del <i>coto vedado</i></b> WHAT IS NOT DECIDABLE Five regions of the <i>coto vedado</i> <b>Michelangelo Bovero</b></p>	<b>129</b>
<p><b>EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL</b> RIGHT OF EXIT DUE TO FAILURE TO DISTRIBUTE DIVIDENDS IN SPANISH COMPANY LAW <b>Miguel Matínez Muñoz</b></p>	<b>142</b>
<p><b>AS DISCRIMINAÇÕES NO PROCESSO PENAL</b> DISCRIMINATION IN CRIMINAL TRIALS <b>Pasquale Bronzo</b></p>	<b>165</b>
<p><b>LES USAGES RELATIFS AU VIN: <i>NUNC EST BIBENDUM</i></b> USAGES RELATING TO WINE: <i>NUNC EST BIBENDUM</i> <b>Pierre Mousseron</b></p>	<b>176</b>
<p><b>USAGES RELATING TO WINE: <i>NUNC EST BIBENDUM</i></b> LES USAGES RELATIFS AU VIN: <i>NUNC EST BIBENDUM</i> <b>Pierre Mousseron</b></p>	<b>190</b>
<p><b>A LIBERDADE DE TRABALHO FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA</b> FREEDOM OF WORK IN LIGHT OF NON COMPETE CLAUSE <b>Tulio de Oliveira Massoni</b></p>	<b>203</b>

# APRESENTAÇÃO

A Revista **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea** nasceu no ano de 2018 com um histórico nos seus bastidores e um claro propósito em seus horizontes. Sua história data de 2006, quando os primeiros passos para a pesquisa e projetos em pós-graduação começaram a ser gestados no curso de direito das Faculdades de Campinas – **FACAMP**.

O que frequentemente acontece nos maiores centros de excelência acadêmica do país é um processo lento e gradual de maturação e convergência de propósitos entre diretores, docentes e discentes. Com as experiências coletadas na pós-graduação lato sensu e a gradual integração da iniciação científica com grupos de pesquisa e eventos internos, inúmeros projetos para um futuro curso de mestrado surgiram das mãos do mestre Alaôr Caffê Alves, fundador do curso de graduação em direito, até chegar às mãos do professor Fauzi Hassan Choukr, que, tendo acompanhado esse histórico presencialmente por muitos anos, agora dá formato final a esse conteúdo histórico com grande habilidade, projetando-o para o horizonte sonhado.

O resultado desse histórico foi o surgimento de um robusto programa de pós-graduação com promissor grau de excelência que pode aspirar à oferta do grau de mestrado em direito, quiçá em futuro próximo.

A **FACAMP** se mantém fiel aos ideais de sua fundação: uma instituição criada por professores para o ensino integral de alta qualidade. Entre seus ideais, a vocação para pesquisa em pós-graduação vem há mais de dez anos sendo apoiada pelo seu instituto de pesquisas, dirigido pelos professores João Manuel Cardoso de Mello, Luiz Gonzaga Belluzzo e Liana Aureliano o qual oferece seminários dedicados aos professores de todas as áreas da escola, fomentando debates sobre ciências sociais, dos clássicos à atualidade, economia, política, filosofia, sociologia, artes, psicologia, tecnologia, educação e direito.

Nesse sentido, a **Revista DESC** é um sinal de bons ventos para a comunidade acadêmica. Ela pretende ser uma das vozes de estímulo, integração e realização da pesquisa em direito especialmente com objetivo de enfrentar as questões específicas do **programa de pós-graduação em direito das Faculdades de Campinas - PPGD FACAMP** na área de concentração **“Direito, Empresa e Sociedade Contemporânea”** e seus grupos nas linhas de pesquisa **“Estado, Empresa e Sistemas Normativos”** e **“Empresa, Justiça e Sociedade”**.

Em atenção à vocação institucional de sua *alma mater*, a **Revista DESC** tem em seus horizontes a meta de cumprir as exigências de alta qualidade nas publicações em nível de pós-graduação, que atualmente apontam para o caminho da internacionalização de projetos, congressos, publicações, grupos de pesquisa etc., meta essa que já no início foi atingida com o apoio de nosso Conselho Editorial, com membros brasileiros de trânsito internacional e com o total envolvimento do Conselho Internacional, composto por professores vinculados a universidades de renome no exterior.

Nesse sentido, é de se esperar que o sucesso da **Revista DESC**, nos próximos anos, seja medido pelos indicadores de excelência CAPES/QUALIS, uma meta que, de saída, se torna factível devido a um Conselho Editorial não apenas participativo, mas extremamente atuante e presente, especialmente pelos nomes que hoje compõem o **Conselho Executivo de Editores**, os reais responsáveis pelas ações concretas para ingressar nos primeiros níveis QUALIS no Brasil e em outros indicadores de qualidade editorial no estrangeiro tão logo possível.

Nesse sentido mais técnico, em esclarecimento ao grande público não acostumado às exigências da área, especialmente aos alunos de graduação que sonham um dia em obter os títulos de mestrado e doutorado, a **Revista**

**DESC** é da **FACAMP**, porém deve dar voz à pesquisa de fora, preferencialmente proveniente de outros estados brasileiros e de outros países para atender ao que se convencionou chamar de “exogenia”. Nada mais natural para a **FACAMP**, que traça há anos caminho rumo à internacionalização de seus cursos de graduação com pioneirismo, que promova a pesquisa e eventos interinstitucionais e internacionais de forma a atrair para seu campus o maior número de contribuições de fora (exógenas).

Outra característica da **Revista DESC** é a observância dos critérios de excelência quanto ao maior grau possível de objetividade ou objetivização científica por meio dos processos de “dupla revisão cega por pares” (*double blind peer review*) e pela revisão, por sua Editoria, de todos os artigos submetidos à publicação (*desk review*), sem prejuízo de outras formas futuras que a evolução do conhecimento exija para a qualidade incontestada dos trabalhos publicados. No seu lançamento, o primeiro volume da **Revista DESC** traz uma homenagem a seus maiores apoiadores, com a publicação de artigos de integrantes de seu Conselho Editorial Internacional e de artigos a convite de professores e professoras de seu Conselho Executivo, os quais não passaram pelo processo de revisão por pares, excepcionalmente.

Nesse marco inicial, a Revista DESC reforça o convite a todos, pesquisadores e pesquisadoras para enviarem seus textos à Revista, que publicará dois volumes por ano, nas línguas português, inglês, francês, italiano, espanhol e alemão.

Por fim, em nome de todos os professores e professoras do **Conselho Executivo DESC**, os editores-chefes da **Revista DESC** apresentam agradecimentos que não provêm apenas dessa geração de professores e alunos, porque ecoam anseios de uma década de esforços para dar mais esse passo. É o primeiro passo, substancial e firme, que somente vale com nosso **muito obrigado** ao corpo diretor da **FACAMP**, que apoiou incessantemente a iniciativa; aos docentes membros do PPGD, que ativamente atuaram junto ao Conselho Executivo da Revista; aos demais professores, professoras e alunos, atuais e egressos, dos cursos de pós-graduação lato sensu e graduação da **FACAMP**, a nosso Conselho Editorial Nacional e Internacional, a todas as pessoas de uma longa lista que não cabe nomear aqui, mas que apoiaram direta ou indiretamente esse notável projeto desde sua origem.

**A equipe DESC deseja uma leitura proveitosa!**

**José Antonio Siqueira Pontes**  
Editor-chefe

**Celso Naoto Kashiura Jr.**  
Editor-chefe-adjunto

**Antonio Roberto Sanches Jr.**  
Secretário executivo

# PRESENTATION – FOREWORD

The Review **DESC – Law, Economics and contemporary society** was born in 2018 with a meaningful history and a clear purpose in its horizons. Its history dates back to 2006, when the first steps to research and postgraduate projects began to be conceived in the law course of **Faculdades de Campinas – FACAMP**.

What often happens in the largest centers of academic excellence all over the world is a slow and gradual process of maturation and convergence of purposes among directors, professors and students. With the experiences collected in *lato sensu* postgraduate programs and the gradual integration of scientific initiation with researching groups and internal events, countless projects for a future master course emerged from the hands of Dean Alaôr Caffé Alves, founder of the undergraduate course in Law, until they reach the hands of Professor Fauzi Hassan Choukr, who, having personally accompanied this history for many years, now gives final format to this historical background with great skill, projecting it to the dreamed perspectives.

The outcome was the emergence of a robust and promising postgraduate program that can aspire to offer a Master degree in law, perhaps in the near future.

**FACAMP** remains connected to the ideals of its origins: an institution created by teachers for high-quality and full education. Among its ideals, the vocation for postgraduate studies has been supported by its research Institute for more than ten years, directed by Professors João Manuel Cardoso de Mello, Luiz Gonzaga Belluzzo and Liana Aureliano, which offers until present times dedicated seminars to teachers from all areas of the school, fostering debates on social sciences, from the classics until today, economics, politics, philosophy, sociology, arts, psychology, technology, education and law.

In this sense, the **DESC Review** is a sign of good winds for the academic community. It intends to be one of the voices of stimulus, integration and realization of the research in law, especially addressing FACAMP postgraduate in law specific issues in the area of “Law, enterprise and contemporary society” and its researching groups in the fields “State, enterprise and normative systems” and “Enterprise, justice and society”.

In attention to the institutional vocation of its *alma mater*, the DESC Review has in its horizons to achieve the high quality in publications at postgraduate level, which currently points to the internationalization of all projects, congresses, publications, research groups, etc., a goal that, since the beginning, can be achieved with the support of our Advisory Board, with Brazilian members of international transit, and the full involvement of the International Council, consisting of teachers linked to renowned universities abroad.

In this sense, it's expected that the success of **DESC Review**, in the coming years, will be measured by the Brazilian CAPES/Qualis excellence index, a goal that becomes feasible since the beginning due to a extremely active and present Council, especially by the names that today comprise the Executive Board of Editors, the real ones responsible for the concrete actions to lead the magazine to the first quality levels in Brazil and abroad as soon as possible.

In a more technical sense, in clarification to the general public not accustomed to the requirements of the field, especially to undergraduate students who dream one day to obtain the titles of master and doctorate, the **DESC Review** is from **FACAMP**, but should give voice to research from outside, preferably from other Brazilian Federation States and from other countries to meet what is conventionally called “exogenia”. Nothing more natural for **FACAMP**, which has been on the way to internationalize its undergraduate courses with pioneering attitude,

promoting interinstitutional researches and international events in order to attract the greatest number of external contributions to its campus.

Another feature of **DESC Review** is the observance of the excellence criteria regarding the highest possible degree of objectivity or scientific objectification through the processes of “double blind peer review” besides the review of all articles submitted to the publication by its own Executive Board (desk review), without prejudice to other future forms that the evolution of knowledge requires to improve the quality of the published works. The first volume of **DESC Review** brings a tribute to its greatest supporters, with the publication of articles of members of its international Advisory Board and of professors and teachers invited by its Executive Board, which have not undergone the peer review process exceptionally.

In this beginning, the **DESC Review** reinforces the invitation to all researchers and investigators from Brazil and abroad to send texts to the magazine, which will publish two volumes per year, in Portuguese, English, French, Italian, Spanish and German languages.

Finally, on behalf of all the professors and teachers of the DESC Executive Board, the publishers present special thanks that do not come only from this generation, because they echo the wills and efforts of a decade that led to this step. This substantial step only goes with our many thanks to the Facamp’s Director’s Office, who has incessantly supported the initiative. To the Faculty members of the postgraduate program, who actively cooperated with the Executive Board; to other professors, teachers and students, current and already graduated, of the *lato sensu* postgraduate and all undergraduate courses of **FACAMP**, to our national and international Advisory Board, to all the people of a long list that does not fit to appoint here, but who have directly or indirectly supported this remarkable project since its origins.

**The DESC team wishes a profitable reading!**

**José Antonio Siqueira Pontes**  
Publisher

**Celso Naoto Kashiura Jr.**  
Publisher assistant

**Antonio Roberto Sanches Jr.**  
Executive assistant

# O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO

---

THE CONTRACT OF SURROGACY FOR PAYMENT  
UNDER BRAZILIAN LAW

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO A TÍTULO ONEROSO NO DIREITO BRASILEIRO

## THE CONTRACT OF SURROGACY FOR PAYMENT UNDER BRAZILIAN LAW

---

**ANA BEATRIZ FERREIRA REBELLO PRESGRAVE**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

biarebello@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-8801-994X>

<http://lattes.cnpq.br/9612724058627508>

**DÉBORA MEDEIROS TEIXEIRA DE ARAÚJO**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

d\_medeiros\_@hotmail.com

<http://lattes.cnpq.br/6145533939418577>

---

**Resumo:** O presente trabalho analisa a “Gestação de Substituição”, técnica de reprodução medicamente assistida também conhecida por “cessão temporária de útero”, “maternidade por substituição”, “gestação por outrem” e “barriga de aluguel”, em que é celebrado um contrato entre as partes dispondo sobre direitos e deveres dos envolvidos. O trabalho avalia a possibilidade da celebração do contrato de cessão temporária de útero no Direito brasileiro, bem como a possibilidade de tal contrato possuir caráter oneroso.

**Palavras-chave:** Gestação de substituição. Contrato. Direito fundamental. Liberdade. Onerosidade.

**Abstract:** This paper analyses the assisted reproduction technique called Gestation by Substitution, also called Temporary transfer of the uterus or Gestational Surrogacy, that involves a contract between the parties that settles the rights and duties of those involved. The purpose of this paper is to investigate the possibility of this kind of contract under the Brazilian law and if it can be done in return for payment (for valuable consideration).

**Keywords:** Gestation by Substitution. Contract. Fundamental right. Freedom. Valuable consideration.

## 1. Introdução

Os avanços da medicina e da biotecnologia contribuíram significativamente para uma revolução nas estruturas familiares, principalmente após o surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida. Antes, os indivíduos que sofriam com a infertilidade – seja biológica (ocasionada por alguma disfunção do sistema reprodutor ou mesmo esterilidade) seja social (casais homoafetivos ou pessoas sozinhas) – estavam impedidos de procriarem. Porém, com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas reprodutivas, a concretização do desejo de ter um descendente tornou-se viável.

Entre as técnicas de reprodução assistida, as mais conhecidas são a inseminação intrauterina, a fertilização *in vitro* (FIV), a transferência de embriões e a gestação de substituição. Cada um desses métodos é indicado a quadros clínicos específicos, de acordo com a literatura médica, e possui sua aplicação regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 2.168 de 2017, e pelo Conselho Nacional de Justiça através do Provimento n. 63 de 2017. Ademais, sua prática enfrenta diversas questões éticas e morais, refletindo também no âmbito jurídico.

Observa-se, porém, que a gestação de substituição<sup>1</sup> vem se tornando cada vez mais usual e procurada no Brasil<sup>2</sup>. Esse fato tem por justificativa, entre outros fatores, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, a afirmação das famílias monoparentais, a maternidade cada vez mais tardia e a recorrência de problemas reprodutivos.

Em linhas gerais, a gestação de substituição é utilizada quando o indivíduo ou o casal, por não conseguir levar a gravidez a termo, recorrem a uma mulher capaz de gestar a criança, entregando-a após o parto. Para tanto, é celebrado um contrato entre as partes dispendo sobre o acordo realizado, direitos e deveres dos envolvidos e aspectos formais referentes ao procedimento e à filiação da criança a ser gerada.

Todavia, sua prática suscita questionamentos jurídicos das mais diversas ordens, desde a validade do acordo firmado, passando pela natureza jurídica do contrato, até aspectos pertinentes às esferas civil, sucessória, trabalhista, previdenciária, penal, etc. Frise-se, por oportuno, a ausência de lei ordinária disciplinadora das nuances dessa e das demais técnicas de reprodução assistida.

Assim, frente à importância da gestação de substituição como método reprodutivo

---

1 Também conhecida como “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, “gestação por outrem”, “barriga de aluguel”, dentre outras expressões

2 De acordo com a ginecologista Hitomi Nakagawa, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), em entrevista concedida à página Correio Braziliense, as mudanças constatadas nas resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre a Reprodução assistida, principalmente no que se refere à gestação de substituição, ocorrem para atender o crescimento do número de pessoas que procuram essa técnica. In: SOUZA, Renato. *Conselho permite que filha e sobrinha sejam barriga de aluguel*. Disponível em: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2017/11/09/interna\\_ciencia\\_saude,639802/conselho-permite-que-filha-e-sobrinha-sejam-usadas-como-barriga-de-alu.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2017/11/09/interna_ciencia_saude,639802/conselho-permite-que-filha-e-sobrinha-sejam-usadas-como-barriga-de-alu.shtml)> Acesso em: 19 fev. 2018.

para a efetivação do projeto parental das famílias e em contrapartida ao silêncio legislativo, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a viabilidade jurídica da celebração do contrato oneroso de cessão temporária de útero para prática do referido método, questão controvertida em sede doutrinária e ainda não levada aos tribunais brasileiros.

Para tanto, com a adoção da metodologia teórico descritiva, consistente na apreciação da legislação brasileira positivada, da jurisprudência, doutrina e artigos científicos que permeiam os assuntos, do geral aos específicos, desenvolve-se o presente estudo em quatro partes.

Inicialmente, abordar-se-á a liberdade de contratar como expressão do direito à autodeterminação do indivíduo, e às limitações formais e materiais a ela impostas pelo ordenamento jurídico, tanto pela ordem constitucional quanto pela ordem civil.

Em um segundo momento, será analisada a liberdade de dispor do próprio corpo enquanto direito fundamental, bem como as ressalvas feitas pelo próprio legislador – constitucional e ordinário – a esta garantia.

Já a terceira parte trará o método de Gestação de Substituição e suas nuances, isto é, seu conceito, como ocorre, em quais situações sua utilização é recomendada, etc. Além disso, será esmiuçada a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, no que se refere ao método em estudo, tratando, inclusive, da competência dessa autarquia profissional para emitir normas éticas.

Na última parte apreciar-se-á a possibilidade de celebração de contrato oneroso para a utilização do método da gestação em substituição no Brasil através concatenação das ideias até então abordadas.

Importa frisar que não se busca neste trabalho apresentar soluções às várias questões sugeridas pelo tema Gestação de Substituição, mas tão somente a viabilidade da celebração do contrato de cessão temporária de útero à luz do direito brasileiro, e se este pode possuir caráter oneroso. Além disso, ressalta-se que a abordagem desenvolvida está fundamentada apenas nas questões jurídicas, não se reportando a aspectos morais e religiosos da prática desse método de reprodução assistida.

## **2. A liberdade de contratar no ordenamento jurídico brasileiro.**

A liberdade é, ao lado da igualdade, elemento fundamental à toda relação jurídica. Com efeito, dispõe Leonardo Martins, o direito à liberdade parece abranger quase tudo o que é garantido pela Constituição Federal (CF) e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais<sup>3</sup>, uma vez que esta garantia está diretamente relacionada

---

3 MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012 p. 47.

ao desenvolvimento da personalidade humana e à liberdade geral de ação.

Para o desenvolvimento da vida em comunidade, porém, esta liberdade não pode ser absoluta, cabendo ao Direito estabelecer limites ao seu exercício. Isso porque, ao condicionar a liberdade individual ou coletiva, o Direito visa proporcionar as condições basilares da liberdade de todos<sup>4</sup>.

Nessa perspectiva, preceitua o art. 5º, inciso II, da CF que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desse dispositivo é possível inferir que a liberdade, em qualquer de suas formas, somente sofrerá restrições por normas jurídicas coativas – sejam imperativas sejam proibitivas – produzidas segundo o procedimento legislativo descrito na CF<sup>5</sup>. A liberdade é, portanto, a regra geral<sup>6</sup>, enquanto a proibição, a exceção, devendo estar expressamente pronunciada em lei.

Para Orlando Gomes, liberdade de contratar é “o poder conferido às partes contratantes de suscitar os efeitos jurídicos que pretendem, sem que a lei imponha seus preceitos indeclinavelmente”<sup>7</sup>. Este conceito perpassa por três importantes aspectos: a) liberdade de contratar propriamente dita, ou auto regência de interesses; b) liberdade de estipular o contrato, também conhecido como o poder de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação das partes; e c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato, ou possibilidade da livre discussão das condições contratuais.

Entretanto, tal qual os demais direitos fundamentais, a liberdade de contratar não pode ser exercida de maneira absoluta, e por esta razão seu titular deve atentar às limitações que o ordenamento jurídico lhe impõe. Ou seja, a livre convenção entre as partes é a regra, ao passo que as proibições e restrições devem constar expressamente em lei.

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que as limitações por ele impostas à liberdade de contratar tratam desde as condições formais de validade do contrato, enquanto espécie de negócio jurídico, até condições materiais ao exercício da liberdade contratual, isto é, da liberdade das partes disciplinarem os seus interesses. A seguir, passa-se a analisar cada um desses dois aspectos.

As condições formais de validade, comuns a todos os negócios jurídicos, estão disciplinadas no art. 104 do Código Civil brasileiro (CC), e dizem respeito à capacidade das partes contratantes, à idoneidade do objeto, e à forma contratual prescrita ou não defesa em lei.

---

4 KANT, Emmanuel *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3. p. 27.

5 Neste sentido esclarece José Afonso da Silva que “a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima”. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235.

6 Segundo Leonardo Martins (*Op. Cit.* p. 48), a proteção à liberdade trazida pelo *caput* do art. 5º da CF impõe uma proteção subsidiária às liberdades especificadas e/ou limitadas nos incisos do referido artigo. Assim, aquelas liberdades individuais que não estivessem expressamente previstos no artigo supracitado, estariam compreendidos pela proteção geral disciplinada no seu *caput*.

7 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 26.

A capacidade das partes contratantes se refere à capacidade jurídica de agir em geral. Nos termos do art. 5º do CC, a capacidade plena é adquirida pelo indivíduo ao atingir dezoito anos de idade, desde que não acometido pelas hipóteses mencionadas no art. 4º deste mesmo código, quais sejam, embriaguez habitual, dependência de tóxicos, situações que diminuam seu discernimento e a prodigalidade.

Assim, a Lei Civil dispõe que serão nulos (art. 166, I, do CC) ou anuláveis (art. 171, I, do CC) os contratos se diante, respectivamente, de incapacidade jurídica absoluta ou relativa de alguma das partes contratantes e esta não for suprida nos termos da lei.

Ademais, em algumas espécies de negócios jurídicos, é exigida da parte contratante a capacidade específica para aquele determinado contrato, aqui entendida como o poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato<sup>8</sup>. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos de doação, transação ou alienação onerosa.

No que se refere à idoneidade do objeto, estabelece o inciso II do art. 104 do CC que, para o negócio jurídico ser válido, seu objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável.

Entende-se que o objeto será lícito à medida que não atente contra a lei, a moral e os bons costumes. Será possível quando não proibido expressamente pelo ordenamento jurídico e viável de acordo com as leis naturais. E, por fim, ter-se-á objeto determinado ou determinável quando o contrato recair sobre situação (coisa ou prestação de serviço) específica<sup>9</sup>.

Ainda, Orlando Gomes aponta ser imprescindível a adequação do objeto ao fim visado pelas partes<sup>10</sup>, pois somente a partir da conformação entre o meio utilizado e o fim pretendido que se torna possível verificar a validade do acordo de vontades firmado.

Por fim, tem-se a forma como terceira condição de validade, de ordem geral, do negócio jurídico. Este requisito expressa o meio como se dá a revelação da vontade. Pondera Carlos Roberto Gonçalves que, no direito brasileiro, a forma é, em regra, livre<sup>11</sup>. Isto é, as partes podem celebrar o contrato da forma que lhe for mais conveniente, salvo nos casos em que a lei, com a finalidade de dar maior segurança e seriedade ao negócio jurídico, estabeleça contornos específicos.

Nesse sentido, prescreve o art. 107 do CC que “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma específica, senão quando a lei expressamente a exigir”. Consagra-se, destarte, o consensualismo como regra no direito brasileiro, bastando, ao exercício

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. p. 14.

9 *Ibid.* p. 17.

10 GOMES, Orlando. *Op. Cit.* p. 53.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. Cit.* p. 18.

da liberdade de contratar, o acordo de vontade entre as partes – ressalvadas as restrições estabelecidas em lei.

Frise-se que o consentimento de cada parte envolvida deve abranger três aspectos pertinentes ao contrato, quais sejam: sua existência e natureza, seu objeto e as cláusulas que o compõem; sob pena de configuração de vício ou defeito do negócio jurídico.

No que concerne às limitações impostas à liberdade contratual, isto é, à liberdade das partes estipularem o conteúdo do negócio jurídico, observa-se que tais barreiras são produto da visão social do direito privado e tem por função garantir a justiça contratual e a observância dos valores constitucionais.

Além das limitações legais, não se configura função do contrato atender unicamente à utilidade econômica buscada pelas partes contratantes. Entende-se que este instrumento deve, acima de tudo, cumprir uma função social. Nesse sentido, a liberdade de contratar não é um fim em si, mas “um instrumento para o alcance das finalidades alvitadas pelo legislador constitucional”<sup>12</sup>. Visa, destarte, atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais.

Para tanto, o legislador ordinário estabeleceu, no art. 421 do CC, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ou seja, quando da celebração de um acordo de vontade, deve-se atentar não apenas aos fins econômicos tutelados pelo pacto, mas também aos interesses coletivos, externos às partes contratantes. Constituiu-se, desta forma, a função social como mais uma limitação ao direito de contratar. A finalidade do legislador ordinário foi a de impedir o abuso de direito pelos contratantes.

Por fim, como cláusula geral de respeito obrigatório pelos titulares da liberdade contratual, destaca-se o princípio da boa-fé. Este se encontra expresso ao longo de vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo dos arts. 113 e 187 do CC e art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Sob a ótica contratual, observa-se que o art. 422 do CC impõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Desta maneira, os particulares, ao exercer seu direito de contratar, devem agir com probidade e boa-fé não só durante as tratativas, como também durante a formação e a execução do acordo firmado.

### **3. A regulação da livre disposição do corpo**

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as relações interpessoais passaram por diversas transformações. A sociedade global, então devastada pelo grande conflito e perplexa

---

12 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria geral e contratos em espécie*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4. p. 147.

com as atrocidades cometidas contra a espécie humana – seja nos campos de concentração nazista seja nas explosões das duas bombas nucleares no Japão –, conclamou, no ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana ao eixo norteador de todas as relações jurídicas.

A partir de então, observou-se que os vínculos jurídicos passaram a abordar, além das situações susceptíveis de apreciação econômica, ou seja, patrimoniais, relações voltadas à afirmação dos valores existenciais do indivíduo, valores estes enraizados na esfera mais íntima da pessoa humana e não mensuráveis economicamente.

Surgiram, assim, os chamados direitos da personalidade, os quais são definidos, por Francisco Amaral, como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>13</sup>.

No Direito brasileiro, os direitos da personalidade se encontram disciplinados, de maneira não taxativa, no Capítulo II do CC, e aludem, de modo geral, ao direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. No que diz respeito ao direito ao corpo, este pode ser conceituado como sendo a proteção destinada à vida humana e à integridade física, englobando o corpo vivo assim como o cadáver,<sup>14</sup> e também as partes dele destacáveis e sobre as quais seu titular exerce o direito de disposição.

Contudo, a autonomia corporal, aqui entendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao próprio corpo<sup>15</sup>, não pode ser exercida de maneira absoluta, já que constam prescritos no ordenamento jurídico brasileiro limites de ordem constitucional, penal e civil a este direito.

Analisando o CC, tem-se que a proteção jurídica ao corpo se inicia, conforme seu art. 2º, na concepção; e se estende até a morte, representada pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória<sup>16</sup>, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.434 de 1997.

Ademais, o art. 13 da Lei Civil estabelece a regra geral quanto à disposição do próprio corpo, qual seja “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, em linhas gerais, não havendo redução permanente da integridade física é possível a prática de diferentes atos de disposição corporal.

O parágrafo único do art. 13 do CC, por sua vez, concede autonomia corporal aos

13 AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.243.

14 ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil*: Parte Geral e LINDB. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. V.1. p. 204.

15 BONDIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818. Set./dez. 2014. P. 796.

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*: Parte geral. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1. p. 162.

sujeitos de direito para fins de transplante, e prevê o disciplinamento desta matéria em lei especial<sup>17</sup>. Ainda, o art. 14 do CC autoriza a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, desde que com objetivo científico ou altruístico.

Importante ressalva faz a CF ao vedar, em seu art. 199, §4º, todo tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas quando a finalidade for sua remoção para realização de transplante, pesquisa e tratamento. Além disso, o art. 1º da Lei dos Transplantes (Lei nº 9.434/1997) reafirma o caráter gratuito da disposição do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins terapêuticos – com exceção do sangue<sup>18</sup>, do espermatozoide e do óvulo, conforme previsto no parágrafo único deste artigo –, bem como tipifica como crime, nos arts. 14 e 15, sua comercialização.

Especificamente quanto à possibilidade de disposição do corpo em vida para fins de transplante ou tratamento, o art. 9º da lei supracitada estabelece como pressupostos que o disponente seja maior e capaz; o ato não importe risco para sua vida ou saúde; e haja autorização prévia e pessoal para o procedimento, preferencialmente por escrito. Ademais, é cabível a revogação a qualquer tempo.

A lei veda à gestante a disposição de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, pela potencialidade de riscos à sua saúde ou do feto. Releva-se, apenas, quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e este procedimento não ofereça riscos à gravidez.

Nesse sentido, também, a lei autoriza que indivíduos incapazes possam dispor de seu corpo com fins a transplante de medula óssea, desde que constatada compatibilidade imunológica, e mediante consentimento de ambos os pais ou de seus responsáveis legais, além do não oferecimento de riscos à sua saúde.

Além disso, é assegurado ao titular o direito à revogação, a qualquer momento, da autorização de dispor do próprio corpo para depois da morte, como alude o parágrafo único do art. 14 do CC.

Por fim, o CC prevê em seu art. 15, ainda como proteção à livre disposição do corpo pelo seu titular, que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Assim, fica estabelecida a regra que em casos mais graves, os médicos somente poderão atuar mediante prévia autorização do paciente, quem tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso – salvo nas situações de emergência, quando não há possibilidade de manifestação válida e livre da vontade.

---

17 Lei nº 9.434/97

18 Quanto à comercialização do sangue, esta é vedada pela Lei nº 10.205/01, conforme seu art. 1º.

Outro importante aspecto a ser abordado nessa temática de proteção ao corpo, refere-se à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizados no procedimento de reprodução humana, para fins de pesquisa e terapia. Tal questão se encontra disciplinada na Lei nº 11.105 de 2005, popularmente conhecida como Lei da Biossegurança.

Essa lei ordinária estabelece, em seu art. 5º, uma série de condições a serem cumpridas para possibilitar o manejo das células-tronco embrionárias, tais como: a inviabilidade dos embriões, ou que os estes estejam congelados há três anos ou mais; o consentimento dos genitores; e que as instituições de pesquisa e serviços de saúde responsáveis submetam seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa. Além disso, a Lei da Biossegurança tipifica como crime, nos termos do art. 15, a comercialização do material biológico a que se refere o art. 5º, qual seja, células-tronco embrionárias, bem como proíbe, expressamente, no art. 6º, inciso III, a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Verifica-se, porém, que o art. 5º supramencionado foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, proposto pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Carlos Lemos Fonteles, sob o argumento de que, ao utilizar células-tronco de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para pesquisas e terapia, estar-se-ia violando o direito à vida e a dignidade da pessoa humana desses embriões.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou tal ação improcedente, reconhecendo, portanto, a constitucionalidade do artigo impugnado<sup>19</sup>. Prevaleceu o voto do ministro Carlos Ayres Britto, relator, do qual se destaca alguns pontos no que refere à proteção do corpo.

Assim, firmou-se o entendimento de que, nada obstante a personalidade jurídica somente iniciar com o nascimento com vida (CC, art. 2º), e com ela a titularidade dos direitos garantidos aos indivíduos, o ordenamento jurídico brasileiro protege o nascituro a partir da concepção. Essa entidade pré-natal, porém, deverá se encontrar em local propício ao seu pleno desenvolvimento, o ambiente intrauterino, e iniciado o desenvolvimento das atividades encefálicas. Não preenchidos tais requisitos, não há que se falar em vida ou expectativa

---

19 Interessante ponto de vista possui Leonardo Martins sobre o tema. Para o referido autor, a ADI ajuizada perante o STF devia ter sido julgada procedente, portanto declarando a inconstitucionalidade do artigo em análise. Porque o art. 5º da Lei nº 11.105/2005 viola os direitos fundamentais à liberdade científica do art. 5º, IX, da CF, de todos os que se ocupam das pesquisas de base e das pesquisas aplicadas com células-tronco embrionárias e à liberdade geral de ação (CRFB/88, art. 5º, *caput*) de todos os interessados nos benefícios de tais pesquisas para efeitos de planejamento familiar e de “direitos reprodutivos”. Para ele, as intervenções previstas no referido artigo não estariam devidamente justificadas a fim de legitimar tal limitações aos direitos fundamentais. *In*: MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica*: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão, com um ensaio de Bernhard Schlink questões atuais da proteção da vida pré-natal. São Paulo: Atlas, 2014. p.175.

de direitos. Além disso, verifica-se a proteção à inviolabilidade do corpo ao se reconhecer a inexistência do dever jurídico de o casal gestar todos os embriões viáveis originados da técnica de fertilização *in vitro*.

#### **4. A gestação de substituição: o direito ao planejamento familiar e as técnicas de reprodução medicamente assistida.**

O direito ao planejamento familiar é entendido, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.263 de 1996, como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Trata-se de direito da personalidade constitucionalmente garantido<sup>20</sup> e que se fundamenta, principalmente, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

Nesse contexto, afirma Maria Berenice Dias que a enorme evolução – verdadeira revolução – ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de várias técnicas de reprodução medicamente assistida<sup>21</sup>, que viabilizou o direito à procriação daqueles indivíduos que sofriam de infertilidade clínica, ocasionada pela dificuldade biológica de conceber e gestar um filho, ou infertilidade social, seja por compor casal homoafetivo seja por viver sozinho.

As técnicas de reprodução assistida – conjunto de métodos que auxiliam o processo de reprodução humana – podem ser divididas em técnicas de baixa e técnicas de alta complexidade. Leocir Pessini e Christian Charchifontaine exemplificam que entre as técnicas de baixa complexidade estão incluídos o coito programado e a inseminação intrauterina (IIU), métodos que apresentam a vantagem de menores custos, além de dispensarem sua realização em centros de reprodução assistida. Ao passo que, entre as técnicas de alta complexidade, cita-se a fertilização *in vitro* (FIV) convencional e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)<sup>22</sup>, métodos reservados a casos mais específicos.

Frise-se, por oportuno, que antes de optar pela reprodução assistida, o casal ou interessados precisam ser bem investigados. Em verdade, a utilização de tais técnicas deve ocorrer apenas como última opção, dados os riscos à saúde que elas envolvem.

Dentre as técnicas de reprodução assistida, caberá ao presente estudo analisar a Gestação

20 *CRFB/88. Art. 226.* A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

21 DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias [Livro digital]*. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. n.p.

22 PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007. p.295.

de Substituição, também conhecida como “cessão temporária de útero”, “maternidade por sub-rogação”, “gestação por outrem”, “barriga de aluguel”, entre outras nomenclaturas.

De modo geral, essa técnica será cabível quando o indivíduo ou o casal não conseguir levar a termo uma gravidez e, por isso, recorrem a uma mulher que gestará o embrião, a “mãe portadora” ou “mãe substituta”<sup>23</sup>.

Em suma, a Gestação de Substituição pode se dar de várias formas, dentre as quais Guilherme Calmon Nóbrega da Gama elege como as mais usuais: (a) A maternidade de substituição, que envolve o embrião de óvulo e de espermatozoide do casal, com sua implantação no corpo de outra mulher que não aquela que deseja a maternidade e forneceu seu óvulo; (b) A maternidade de substituição que se relaciona ao óvulo e à gravidez da mulher que não quer ser mãe da criança, mas empresta seu corpo gratuitamente para gestar o embrião, e se compromete a entregar a criança ao casal solicitante, sendo que o sêmen utilizado na procriação foi o do marido que resolveu, juntamente com sua esposa, efetivar o projeto parental; (c) A maternidade de substituição que consiste no embrião formado a partir da união de óvulo da própria mulher que engravida e de espermatozoide de doador, com o compromisso da mulher de entregar a criança ao casal que não contribuiu, por sua vez, com material fecundante<sup>24</sup>.

Assim, enquanto que na primeira situação está configurada a concepção homóloga, por se tratar da manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal, nos demais casos se observa a concepção heteróloga, aquela levada a efeito com material genético de doadores.

Ademais, a Gestação de Substituição será viabilizada por outros métodos de reprodução assistida, sendo a fertilização *in vitro* com transferência de embrião o mais utilizado. Nesta técnica, a fertilização do ovócito pelo espermatozoide ocorre em laboratório, em ambiente extrauterino. Para tanto, a ovulação daquela que irá fornecer o material genético é geralmente estimulada por medicamentos, com posterior colhimento dos ovócitos por meio de punção guiada por ultrassonografia endovaginal e colocados juntamente com os espermatozoides processados em ambiente com 5% de gás carbônico e temperatura de 37° C. Após 24 ou 48 horas, os pré-embriões formados, contendo de quatro a oito células, são avaliados e aqueles considerados viáveis são transferidos para a cavidade uterina da mulher que irá gestar<sup>25</sup> – observado o período menstrual propício para implantação.

23 Destaca-se que dentre as principais causas que impossibilitam a gestação estão a ausência do útero congênita, a exemplo dos casos de Síndrome de Rokitanski, ou adquirida (histerectomia), ocasionada por câncer de ovário, insuficiência renal grave, diabetes insulino dependente grave, ou mioma uterino de grandes proporções. Menciona-se, também, os casos em que a mulher possui idade próxima aos cinquenta anos, quando a gestação se torna de risco; ou ainda os casais homoafetivos que desejam ter filhos biológicos, cf. BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, n. 24, p.17-33, Jan./Dez. 2015. p. 24

24 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374.

25 PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Chistian de Paul de. *Op. Cit.* p.296.

Ainda de acordo com as orientações do Conselho Federal de Medicina, será a idade daquela que receberá o material genético que determinará a quantidade de embriões a serem implantados, em razão da probabilidade de êxito no desenvolvimento do feto. Destarte, nos casos de mulheres com até trinta e cinco anos, serão implantados até dois embriões; mulheres entre trinta e seis e trinta e nove anos, até três embriões; e mulheres com quarenta anos ou mais, até quatro embriões.

Por fim, destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro não possui qualquer lei específica dispendo sobre as técnicas de reprodução assistida, não havendo que se falar, desta forma, de proibição ou restrição ao uso da Gestação de Substituição.

### 1.1 *A Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM)*

Diante da ausência normativa e para efetivação da Gestação de Substituição e dos demais métodos de reprodução medicamente assistida, o CFM buscou normatizar tais técnicas através de resoluções. Foram, então, emitidas as Resoluções nº 1.358 de 1992, 1.957 de 2010, 2.013 de 2013, 2.121 de 2015, e, por fim, a 2.168 de 2017, as quais adotam normas éticas para a utilização dos referidos métodos.

Analisando especificamente a Resolução do CFM nº 2.168/2017, observa-se que esta instituiu requisitos gerais e específicos para utilização da Gestação de Substituição. Como primeiro requisito geral, tem-se que as técnicas de reprodução assistida somente poderão ser utilizadas quando evidenciada a probabilidade de sucesso e o não oferecimento de risco grave para saúde do(s) paciente(s) ou de seus possíveis descendentes<sup>26</sup>.

O consentimento livre, esclarecido informado e por escrito dos envolvidos no procedimento, o qual será elaborado em formulário especial, é imprescindível, sendo dever do profissional responsável expor detalhadamente aos pacientes os aspectos médicos que envolvem a totalidade das circunstâncias da aplicação do método de reprodução assistida a ser desenvolvido, bem como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. Além disso, essas informações devem abordar também dados de caráter biológico, jurídico e ético.

No que se refere especificamente ao método de Gestação de Substituição, a Resolução em estudo estabelece que o referido termo de consentimento deverá ser assinado tanto pelos pacientes quanto pela doadora temporária do útero e contemplará aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, como também aspectos legais da filiação.

Ainda, imprescindível é a elaboração de relatório médico com o perfil psicológico

---

26 A resolução estabeleceu cinquenta anos como idade máxima para as candidatas à gestação de reprodução assistida, podendo tal limite ser relativizado pelo médico responsável, desde que respaldado por fundamentos técnicos e científicos e após esclarecimento, prestado à paciente, quanto aos riscos envolvidos.

de todos aqueles diretamente envolvidos, atestando adequação clínica e emocional para realização do procedimento reprodutivo.

Quanto à questão da filiação, exige-se, de modo complementar, a assinatura do Termo de Compromisso entre as partes envolvidas, onde deverá constar claramente o estado de filiação da criança a ser gerada. Ademais, no caso de a doadora temporária do útero ser casada ou viver em união estável, esta deverá apresentar, por escrito, aprovação do cônjuge ou companheiro para realização do procedimento. Essas medidas têm por finalidade evitar futuras disputas judiciais quanto à filiação do recém-nascido.

Destaca-se também que o CFM somente autoriza a técnica de gestação de substituição desde que inexistente o caráter lucrativo ou comercial da doação temporária do útero, e quando constatado problema clínico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

Aqui cabe atentar a desarrazoada limitação imposta pela Resolução à utilização da técnica. Isso porque injustificadamente restringe o acesso à Gestação de Substituição àquelas mulheres com quadro clínico muito específico, qual seja, as mulheres capazes de fornecer o material genético próprio e, simultaneamente, inaptas a gestar<sup>27</sup>. Exclui-se, desta forma, grande contingente de mulheres que não apenas estão impossibilitadas de levar a gestação a termo, como também de fornecer o gameta feminino para a fecundação.

Frise-se, por outro lado, que a norma ética do Conselho Federal de Medicina não restringiu o acesso às técnicas de reprodução assistida apenas a casais hétero ou homoafetivos, possibilitando que pessoas sozinhas também façam uso desses métodos reprodutivos.

No que se refere à doadora temporária de útero, a Resolução estabelece que, além do limite de idade de cinquenta anos, ela deverá pertencer à família de um dos autores do projeto parental em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Essa regra, porém, poderá ser relativizada desde que autorizado pelo respectivo Conselho Regional de Medicina. Também acerta a Resolução que os pacientes contratantes dos serviços de reprodução assistida deverão assegurar à doadora o tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, desde o consentimento da doação até o puerpério.

Por fim, a Resolução dispõe que deverá constar no prontuário do paciente a garantia do registro civil da criança pelos autores do projeto parental, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez. Esta exigência, porém, hoje é dispensável em razão do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, o qual dispõe, dentre outros assuntos, sobre

---

27 ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Gestação de substituição*: Regramento do Direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016. p.8.

o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, listando em seu artigo 17 os documentos necessários<sup>28</sup> para tal processamento, livre de autorização judicial.

### 1.2 *Dos limites regulamentadores do Conselho Federal de Medicina*

O CFM e os Conselhos Regionais de Medicina compõem, conjuntamente, uma autarquia federal que exerce as atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica (CRFB/88, art. 22, XVI). Ambos conselhos foram instituídos originalmente pelo Decreto-lei nº 7.955 de 1945, mas somente com a promulgação da Lei nº 3.268, de 1957, que adquiriram a natureza jurídica de autarquia.

Como entes reguladores da atividade profissional médica, o CFM e os Conselhos Regionais de Medicina exercem o poder de polícia da profissão e são investidos na competência de instituir, arrecadar e gerir contribuições de natureza compulsória. Suas principais atribuições estão disciplinadas nos artigos 5º e 15 da Lei nº 3.268/57, e dizem respeito, de modo geral, à organização de seus respectivos regimentos internos; votar e alterar o Código de Deontologia Médica; fixar e alterar o valor da anuidade única, cobradas aos inscritos dos Conselhos Regionais de Medicina; deliberar sobre a inscrição e cancelamento nos quadros dos Conselhos; manter um registro dos médicos, legalmente habilitados, com exercício nas respectivas Regiões; expedir carteira profissional; fiscalizar o exercício da profissão médica; velar pela conservação da honra e da independência dos Conselhos, livre exercício legal dos direitos dos médicos; promover, por todos os meios a seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam; entre outras.

Estabelece a Lei nº 12.842 de 2013<sup>29</sup>, em seu art. 7º, que “compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos”. Tais normas são concretizadas na forma de Resoluções, as quais devem ser necessariamente observadas pelos profissionais médicos sob pena de infração ético-disciplinar.

---

28 *Provimento nº 63 do CNJ. Art. 17* É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos: I - declaração de nascido vivo - DNV; II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III - certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal. § 1º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação. § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. § 3º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o filho gerado por meio da reprodução assistida.

29 A Lei Federal nº 12.842, de 19 de julho de 2013, dispõe sobre o exercício da Medicina.

Nesse sentido, o parágrafo único do referido artigo atribui aos Conselhos Regionais de Medicina a função de, no exercício de sua competência fiscalizadora, verificar o devido cumprimento das Resoluções instituídas pelo CFM, bem como aplicar as sanções pertinente nos casos de sua inobservância.

Denota-se que o CFM, na qualidade de ente da Administração Pública indireta, não possui competência legislativa, razão que não se atribui às normas por ele instituídas o caráter de norma geral e abstrata. Seus regramentos, bem como o Código de Ética Médico (Resolução CFM nº 1.931/2009), são de observância obrigatória apenas aos médicos no exercício de sua profissão, não recaindo sobre os indivíduos e suas liberdades constitucionalmente garantidas.

Não assiste competência ao CFM para limitar a liberdade de contratar a não médicos, de sorte que a disciplina constante na Resolução 2.168 de 2017 é absolutamente ineficaz, já que não trata da remuneração ou da atividade dos médicos envolvidos.

Resta patente, portanto, que nos termos destacados pela Constituição Federal e pela Lei 12.842/13, o dispositivo da Resolução 2.168/17 do CFM que veda a onerosidade no contrato celebrado entre os interessados extrapola a competência outorgada ao Conselho de classe, já que suas disposições somente se mostram cogentes aos médicos que exercem a profissão no Brasil.

##### **5. Da possibilidade da celebração do contrato de gestação de substituição a título oneroso no direito brasileiro.**

O contrato de gestação de substituição está atrelado a uma questão existencial, qual seja, o planejamento familiar. Isto significa que esse método se revela expressão afirmativa da dignidade da pessoa humana, calcada no direito de autodeterminação, capaz de permitir o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos que se submetem ao referido procedimento reprodutivo.

Nesse contexto, Daniel Sarmento defende que a proteção à autonomia da vontade na esfera existencial é muito mais intensa, já que as decisões neste campo se situam numa esfera que deve ser protegida de intervenções externas<sup>30</sup>. Assim, enquanto que nas situações patrimoniais a vontade sofre limitações diante da funcionalização do contrato e da própria autonomia, para garantir um tratamento materialmente igualitário às partes; nas situações existenciais, a vontade tende a permanecer incólume, somente tolerando limitações em razão de ponderação realizada entre a autonomia e os demais direitos da personalidade envolvidos no caso.

Para o negócio jurídico ser válido requer-se, nos termos do art. 104 do CC, a observância aos seguintes requisitos formais: capacidade das partes; objeto lícito, possível, determinado

30 SARMENTO, Daniel. *Apud* ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: Contratos (Teoria Geral e Contratos em espécie)*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4. p. 149.

ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Ademais, imprescindível que o objeto do contrato não viole normas de ordem pública ou bons costumes e tenha uma função social intrínseca.

De início, observa-se que, como não há forma prescrita em lei para o contrato de Gestação de Substituição, a regra do consensualismo prevalece, cabendo às partes adotarem a forma que melhor atender aos seus interesses, podendo, até mesmo, firmarem o pacto de maneira verbal. Por questões de segurança jurídica, porém, aconselha-se a forma escrita, com a finalidade de facilitar a prova da contratação e de seus termos, bem como a solução de eventuais questões de filiação.

Quanto à capacidade das partes, a efetivação da Gestação de Substituição requer que o consentimento seja “pleno, efetivo, nunca presumido, atual, espontâneo, consciente e informado”<sup>31</sup>, o qual somente poderá ser concedido por aqueles que possuem pleno discernimento. Isso porque se trata de técnica médica que oferece riscos, físicos (decorrente da própria gravidez) e psíquicos, aos envolvidos, sendo indispensável que o profissional responsável informe sobre todas as consequências éticas, médicas e jurídicas referentes à sua prática, com fins a viabilizar o consentimento informado dos pacientes<sup>32</sup>.

Destaca-se também que, por se tratar de circunstância existencial, o consentimento para realização da Gestação de Substituição pode ser revogado pelas partes, desde que ainda não realizado nenhum ato definitivo do processo reprodutivo. Isto é, deve-se garantir a revogabilidade do consentimento até o momento em que se torna inviolável o retorno ao *status quo ante*, sob pena de ferir a finalidade inicial do negócio jurídico celebrado<sup>33</sup>.

Já no que se refere à idoneidade do objeto do contrato, deve-se esclarecer que, ao contrário do que a expressão popular “Barriga de Aluguel” propõe, este negócio jurídico não se enquadra na espécie de locação ou empréstimo de coisa. Isso porque, nessas figuras, o titular da coisa entrega para terceiro, durante certo período, mediante remuneração ou não, o uso e gozo de bem não-fungível (art. 565 e ss. e art. 579 e ss. do CC), o que não ocorre no caso da cessão do útero, o qual permanece sob a posse da gestante.

Para Arnaldo Rizzardo, a prestação de serviços é a figura que melhor se afeiçoa às

31 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 215.

32 Por força do art. 15 do CC “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”; e ainda no art. 15, §3º, do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931/2009 “É vedado ao médico praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo”.

33 Nesse sentido, a Lei portuguesa nº 32/2006, modificada pela Lei nº 25/2016, a qual dispõe sobre a Procriação medicamente assistida, estabelece em seu art. 14, item 4, que “O consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida”. In: PORTUGAL, *Lei nº 32/2006, de 26 de Julho*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis)>. Acesso em: 19 fev. 2018.

funções desempenhadas por aquela que cederá o útero<sup>34</sup>, uma vez que sugere uma série de compromissos, deveres e posturas que a mulher assume com os pais do filho gerado e entre esses com aquela.

Nesse sentido, dispõe o art. 594 do CC que “toda a espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratado mediante remuneração”. Assim, está autorizada a contraprestação pecuniária pela prestação de qualquer serviço desde que seu objeto seja lícito.

Por outro lado, para avaliar a licitude do objeto de um contrato é necessário percorrer todo o direito brasileiro na busca de normas que o regulamentem, restrinjam ou proíbam.

No caso da cessão temporária do útero, como dito no tópico anterior sobre a Gestação de Substituição (ponto 4 *supra*), não há qualquer lei ordinária que discipline a matéria reprodução humana medicamente assistida e, por consequência, a Gestação de Substituição.

O único instrumento normativo que trata do tema é a Resolução nº 2.168 de 2017 do CFM, que efetivamente determina que o procedimento seja realizado apenas de maneira gratuita. Ocorre que tal norma é de observância obrigatória exclusivamente aos profissionais da medicina no exercício de sua profissão, não podendo ser utilizada para regulamentar contratos celebrados entre “não médicos”.

Somado a isso, não foi observada a existência de qualquer restrição constitucional à sua prática, sendo inclusive dever do Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar, nos termos do art. 226, §7º, da CF.

É de se destacar que a Gestação de Substituição não importa diminuição permanente da integridade física da gestante, estando presentes apenas os riscos inerentes à própria gravidez<sup>35</sup>. Assim, diante das condições clínicas adequadas, insta assegurada a livre disposição do corpo da pretensa gestante para concretização do projeto parental daqueles que não possuem meios de efetivá-lo.

Também não é possível vislumbrar no contrato de Gestação de Substituição, desde que pautado na autodeterminação das partes, violação às normas de ordem pública ou aos bons costumes, mesmo diante do caráter oneroso. Isso porque o que se pretende é a efetivação do plano parental de indivíduos que já buscaram outras alternativas disponíveis à concretização de sua família e não obtiveram êxito. Portanto, o consentimento daquela que se propõe a gerar o filho, submetendo-se às condições adversas impostas pela gestação, mesmo que mediante contraprestação, revela-se em verdadeira ação altruísta, solidária, e que deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

34 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.512.

35 Não há, portanto, violação ao disposto no art. 13 do CC. Ademais, a gestação de substituição trata de questão existencial que proporciona o desenvolvimento da personalidade tanto do autor do projeto parental quanto da pretensa gestante.

Em verdade, não se pode considerar tal prática atentatória à moral ou contrária à ordem jurídica pátria, visto ser, ao lado das demais técnicas de reprodução assistida, mais uma benesse trazida pelo desenvolvimento da biotecnologia que busca proporcionar o pleno e efetivo desenvolvimento da personalidade humana daqueles que, por questões naturais (infertilidade ou esterilidade) ou sociais (casais homoafetivos ou pessoas sozinhas) não o podem fazer por métodos autônomos, bem como daquelas que veem na cessão de seu útero a possibilidade de ajudar o próximo.

Rose Meireles destaca que as situações subjetivas existenciais, como é o caso da Gestação de Substituição, não têm propriamente função social, porque são, *per si*, função social<sup>36</sup>. Ou seja, enquanto as relações jurídicas patrimoniais têm a efetivação da dignidade da pessoa humana como fim secundário aos fins econ micos, as relações existenciais têm a dignidade como fim imediato, satisfazendo os interesses coletivos em sua essência.

Feitas tais considerações, constata-se que inexistente qualquer vedação em nosso ordenamento, aplicável aos contratantes, que impeça a onerosidade do negócio, em especial pela ausência de competência do CFM para regulamentar negócios jurídicos celebrados por “não médicos”.

Assim,   válido o contrato de Gestação de Substituição desde que não haja qualquer vício de consentimento e garantido o direito de autodeterminação das partes, ainda que celebrado a título oneroso, diante da ausência de lei dispendo em sentido contrário.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias afirma que “nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem, ao fim e ao cabo, presta um serviço a outrem. Aliás, um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem”<sup>37</sup>. Adverte-se, ainda, que é dever dos titulares do projeto parental arcar com as despesas naturais decorrentes da gestação, a exemplo das despesas hospitalares, exames médicos, medicamentos, alimentação e vestuário apropriado a grávidas. Destarte, a remuneração da gestante seria devida em razão da observância aos cuidados necessários ao desenvolvimento saudável da criança, ao longo dos nove meses de gestação – verdadeira prestação de serviços, e não apenas uma indenização pelos gastos advindos da gravidez.

E mais, a própria previsão no art. 22 do Projeto de Lei n  115 de 2015<sup>38</sup>, de autoria do deputado federal Juscelino Rezende Filho, de que a Gestação de Substituição “não poderá implicar em nenhuma retribuição econ mica   mulher que cede seu útero   gestação” leva a

36 MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Op. Cit.* p.300-301.

37 DIAS, Maria Berenice. *Op. Cit.* n.p.

38 Projeto de Lei 115/2015 institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no  mbito das relações civis sociais, e se encontra, desde 04 de março de 2015, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Inteiro teor da PL e tramitação legislativa disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 25 out. 2016.

crer que a contraprestação pecuniária não é, na atualidade, formalmente proibida, sendo, com fulcro no princípio da legalidade (CRFB/88, art. 5º, II), permitida.

## 6. Conclusão

A Gestação de Substituição é uma técnica de reprodução assistida que visa proporcionar a efetivação do projeto parental daqueles indivíduos que estão impedidos de gerarem o próprio filho por meios naturais. De modo geral, sua prática ocorre com a implantação do material genético dos pretensos pais (ou de doadores) no útero daquela que se propõe a gestar a criança e que a entregará quando do nascimento. Para tanto, é firmado um acordo entre as partes dispendo sobre os direitos e deveres dos envolvidos, bem como sobre aspectos formais do procedimento.

A liberdade é um direito fundamental constitucionalmente garantido e somente pode ser limitada, por força do art. 5º, II, da CF, por lei. No que se refere especificamente à liberdade de contratar, resta assegurada a possibilidade de particulares firmarem acordos sobre qualquer assunto de seu comum interesse, da forma como desejarem e sob as condições que elegerem, desde que respeitados os preceitos constitucionais e demais limitações impostas pelo Direito brasileiro.

Tais limitações dizem respeito às condições formais e materiais de validade do contrato. Além disso, é necessário que o negócio jurídico atenda à uma função social e que as partes estejam guiadas pela boa-fé objetiva tanto na celebração do acordo quanto na sua execução.

O direito ao próprio corpo é um direito da personalidade, portanto expressão da dignidade da pessoa humana, e abrange não apenas a integridade física, mas também o bem-estar psíquico. E apesar de, em um primeiro momento, o corpo ser objeto de tutela jurídica apenas da esfera criminal, atualmente encontra proteção expressa na CF e no direito civil.

Em regra, o indivíduo é livre para dispor de seu próprio corpo, desde que não lhe cause, injustificadamente, diminuições permanentes à integridade física, observada a garantia da dignidade da pessoa humana. São possíveis, todavia, atos que diminuam a integridade física, desde que visem o bem-estar físico – por exigência médica – ou psíquico.

Especificamente com relação à gestação em substituição, a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina regulamenta a sua realização. Entretanto, suas normas possuem força cogente apenas para os médicos no exercício de sua profissão.

O contrato firmado entre os autores do projeto parental, quando celebrado por pessoas capazes, não viola condições formais de validade do negócio jurídico. Ademais, por não existir norma que proíba sua prática e ainda por não afrontar norma de ordem pública, bons costumes e guardada a boa-fé objetiva, o objeto do contrato se revela lícito, possível e determinado.

A mulher que cede o corpo não sofre diminuições permanentes de sua integridade física, estando exposta somente aos riscos inerentes à gravidez. Desta maneira, gestar em seu útero o filho de outrem se revela ato de livre disposição do corpo, garantido constitucionalmente a todos os indivíduos. Ressalve-se, entretanto, que por se tratar de procedimento que expõe a titular do corpo a certos riscos, é imprescindível que esta ofereça consentimento livre e informado, sob pena de invalidação do ato de disposição.

Diante o exposto, chegou-se à conclusão que, por não haver no Direito brasileiro qualquer norma limitadora ou reguladora da Gestação de Substituição, sua prática é permitida, inclusive sob o caráter oneroso. Em verdade, tal técnica permite o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e a concretização dos direitos à livre disposição do corpo, ao planejamento familiar e à paternidade responsável.

No entanto, deve-se reconhecer que a atual conjuntura do Direito brasileiro quanto à ausência de disciplinamento legal da Gestação de Substituição, bem como das demais técnicas de reprodução assistida, ocasiona conflitos jurídicos e sociais das mais diversas ordens.

### **Referências bibliográficas**

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Gestação de substituição: Regramento do Direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado*. Disponível em: < <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/GESTA%C3%87%C3%83O-DE-SUBSTITUI%C3%87%C3%83O-REGRAMENTO-NO-DIREITO-BRASILEIRO-E-SEUS-ASPECTOS-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2016.

BONDIN DE MORAES, Maria Celina; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818. Set./dez. 2014.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 115/2015*. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BUENO, José Geraldo Romanello; MENEZES, Daniel Francisco Nagao. Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida. *Revista Paradigma*. Ribeirão Preto, n. 24, p.17-33, Jan./Dez. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM nº 2.168/2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida –sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017*. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias [Livro digital]*. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. n.p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro: Parte geral*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.1.

KANT, Emmanuel *apud* NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional: Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Leonardo; SCHLINK, Bernhard. *Bioética à luz da liberdade científica: Estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão, com um ensaio de Bernhard Schlink questões atuais da proteção da vida pré-natal*. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Aluísio Santos de. *apud* AFONSO, Paula. *A Geração por Substituição e a lacuna normativa no Brasil*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16990&revista\\_caderno=14](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16990&revista_caderno=14)>. Acesso em: 18 out. 2016.

PESSINI, Leocir; CARCHIFONTAINE, Chistian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 8 ed. São Paulo: Loyola, 2007.

PORTUGAL, *Lei nº 32/2006, de 26 de Julho*. Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=903&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis)>. Acesso em: 19 fev. 2018

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil: Contratos – Teoria geral e contratos em espécie*. 4. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v.4.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: Parte Geral e LINDB*. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012. V.1.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 Distrito Federal*. Rel. Min. Ayres Britto. DJe 28/05/2008. DJ 29/05/2008.

## **SOBRE AS AUTORAS:**

### **Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2013). Estágio pós-doutoral na Westfälische Wilhelms-Universität. Professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

### **Débora Medeiros Teixeira de Araújo**

Mestranda em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

**NOTAS SOBRE LA  
RESPONSABILIDAD DE LAS  
PERSONAS JURÍDICAS POR  
LOS DELITOS EN EL SISTEMA  
ITALIANO, CON PARTICULAR  
REFERENCIA A LA DENOMINADA  
“CULPA DE ORGANIZACIÓN”**

---

NOTES ABOUT “EX CRIMINE” LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE  
ITALIAN SYSTEM, WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE  
SO-CALLED “ORGANIZATIONAL FAULT”

# NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS EN EL SISTEMA ITALIANO, CON PARTICULAR REFERENCIA A LA DENOMINADA “CULPA DE ORGANIZACIÓN”\*

## NOTES ABOUT “EX CRIMINE” LIABILITY OF LEGAL PERSONS IN THE ITALIAN SYSTEM, WITH PARTICULAR REFERENCE TO THE SO-CALLED “ORGANIZATIONAL FAULT”

---

**ANNA SALVINA VALENZANO**

Università degli Studi di Roma La Sapienza

anna.valenzano@uniroma1.it

<http://www.editricesapienza.it/node/7642>

---

**Resumo:** O texto aborda a responsabilidade penal das pessoas jurídicas no direito italiano. Para isso, adota novos critérios de imputação, tratando a conduta delitiva como “defeito organizacional” que favorece a prática da conduta criminosa. Sob essa perspectiva, a imputação do crime à pessoa jurídica pode ser feita por cinco níveis de ligação: i) a pessoa jurídica ser a beneficiária do crime; ii) ter sido o crime cometido por falha de supervisão; iii) o crime ter ocorrido por falha organizacional; iv) ausência de mecanismos de prevenção de crimes; v) ter sido o crime cometido por uma “evasão não fraudulenta” do modelo organizacional.

**Palavras-chave:** responsabilidade penal, pessoa jurídica, critérios de imputação.

**Abstract:** The text addresses the ‘ex crimine’ liability of legal entities in the Italian law. For this, it adopts new imputation criteria, that are based on the concept of ‘organizational defect’ to guarantee the full belonging of the offence to the legal entity, respecting the principles of personality and culpability.

From this perspective, the imputation of the crime to the legal entity can be done by five levels of connection: i) the legal entity is the beneficiary of the crime; ii) the offense has been committed by a subject in an apical or subordinate position in the entity; iii) the crime occurred because of organizational failure; iv) before the commission of the offence, the legal entity has not adopted adequate mechanisms for the prevention of crimes of the same kind; v) the crime has been committed by a ‘fraudulent evasion’ of the organizational model.

**Keywords:** ‘ex crimine’ liability, legal entity, imputation criteria, organizational fault

## 1. Introducción

Entre los diferentes países de la Unión Europea, Italia ha introducido una regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delito que está muy avanzada, hasta el punto de servir de inspiración de otras leyes europeas y no europeas<sup>1</sup> y que ha sido considerado por parte de la doctrina como un ejemplo a seguir<sup>2</sup>. Se trata de un modelo que se basa la imputación de la responsabilidad en el “defecto de organización”, por las razones que a continuación señalaré.

El decreto legislativo n. 231, de 8 de junio introdujo una responsabilidad formalmente “administrativa”<sup>3</sup> de las entidades colectivas, que encuentra su premisa en la comisión de un delito, por una persona relacionada con la persona jurídica, en el interés o en beneficio de la misma; responsabilidad de la entidad que se suma, sin sustituirla, a la del individuo autor del delito, de acuerdo con un principio de autonomía de las dos esferas de responsabilidad<sup>4</sup>. Se trata, en otras palabras, de una responsabilidad “acumulativa” de la entidad, y no alternativa, a la de la persona física<sup>5</sup>. Las responsabilidades del individuo y de la entidad colectiva se establecen en el mismo juicio penal, garantizando a la persona jurídica todos los derechos procesales de que se disponen para el caso de personas físicas.

## 2. El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad de las entidades colectivas por la comisión de delitos

En la doctrina italiana se ha desarrollado un amplio debate sobre la “naturaleza” de

1 \* Este artículo fue publicado en España, en la *Revista General de Derecho Penal*, N° 23 Mayo 2015 y en Perú, en *Actualidad penal*, Vol. 17, Noviembre 2015, pp. 124-143. Este artículo, bajo el título “*Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia*”, también fue publicado en Colombia, en *Derecho Penal Contemporáneo*, Vol. 53, Octubre-Diciembre 2015, pp. 169-194.

Por ejemplo, entre la legislación europea, vid. la “*Bribery Act*” de 2010, el artículo 102 del Código penal suizo o el reciente Anteproyecto de reforma del Código penal español (*Proyecto de ley orgánica por la que se modifica la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*), que propone enmendar el artículo 31 bis del Código penal español. Vid., igualmente, la ley chilena (Ley n. 20.393 de 2.12.2009) y el Anteproyecto de ley que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de corrupción en Perú, presentado por la CAN el 9.12.2013.

2 En la doctrina española, en este sentido, A. NIETO MARTÍN, *El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno*, in *Diario la ley*, 2014, n. 8248, p. 2, aplaude el modelo italiano de atribución de la responsabilidad a las personas jurídicas por los delitos. Además en la doctrina anglosajona, J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge, 2003, p. 108 ss., al comentar sobre nuestro sistema de imputación de la responsabilidad a las personas jurídicas, hacen referencia a las “*Lessons from Italy*”; y, antes aún, J. GOBERT, E. MUGNAI, *Coping with Corporate Criminality – Some Lessons from Italy*, in *Criminal Law Review*, 2002, p. 623 ss. Para un análisis comparativo en profundidad de los modelos de imputación contenidos en los ordenamientos jurídicos de los 28 países de la Unión Europea, se puede hacer referencia a AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs*, Vol. I, *Liability ‘ex crimine’ of legal entities in Member States*, editado por A. FIORELLA, Nápoles, 2012.

3 Sobre el debate sobre la naturaleza de esta responsabilidad en la doctrina y en la jurisprudencia italiana, *vide infra*, n. 2.

4 Sobre los efectos del principio de autonomía de las dos esferas de responsabilidad para la imputación de la responsabilidad a las entidades colectivas por un hecho delictivo, vid. D. PULITANÒ, *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, 2002, VI agg., p. 962 s. En la jurisprudencia, Cass. pen., Sez. VI, 6.2.2009, n. 19764, en *Guida dir.*, 2009, n. 26, p. 82.

5 La responsabilidad de la entidad será exigible siempre que se constate la comisión de un delito, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, por ejemplo, porque no sea imputable, según el art. 8 d. lgs. 231/2001.

la responsabilidad de las entidades colectivas por delitos. Formalmente, el legislador italiano la denominó “responsabilidad administrativa”, si bien es de la doctrina mayoritaria la que la concibe como una forma de responsabilidad “penal”<sup>6</sup> o por lo menos “cuasi-penal”<sup>7</sup>, cuya disciplina parecería articular un “subsistema” autónomo en el sistema penal<sup>8</sup>.

La naturaleza “penal” o “cuasi-penal” de la responsabilidad se puede derivar de la estrecha relación entre el delito y la imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva; de las sanciones sumamente restrictivas para la entidad responsable, que incluyen la suspensión de sus actividades; además de que la responsabilidad de la entidad se establece en el marco del proceso penal ante un juez penal.

Los que niegan la naturaleza “penal” o “cuasi-penal” de la responsabilidad de las entidades colectivas justifican su opinión, desde un punto de vista formal, en el hecho de que el d. lgs. 231/2001 se refiere expresamente a la responsabilidad “administrativa” de las mismas entidades y, desde un punto de vista sustantivo, invocan el conocido principio de “*societas delinquere non potest*” a la luz de los principios constitucionales. Se refieren al

6 A favor de una naturaleza esencialmente “penal”, G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 967 ss.; A. CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, p. 208; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, editado por V. MONGILLO, A.M. STILE, G. STILE, Nápoles, 2013, p. 263; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2008, p. 322 ss.; R. GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006, p. 233 s.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 899 ss.; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1103 ss.; E. MUSCO, *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 23, p. 8 s.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, editado por G. DE FRANCESCO, Torino, 2004, p. 16 s.; C.E. PALIERO, *Il d. lgs. n. 231/2001: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, n. 7, p. 845 ss.; P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, n. 1-2, p. 186 ss.

7 En este sentido, se refieren a una responsabilidad “cuasi-penal” (“*para-penale*”): A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, dirigido por S. Cassese, Milano, 2006, p. 5101; N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Nápoles, 2006, p. 55 s.; A.S. VALENZANO, *Responsabilità degli enti e criminalità transnazionale anche nella prospettiva dei rapporti tra l'Unione Europea e le Nazioni Unite*, in AA.VV., *Rapporti tra Unione Europea e organizzazioni internazionali*, editado por E. PFÖSTL, Roma, 2009, p. 239. Se refiere a un “*tertium genus*” de responsabilidad de las entidades colectivas el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. 231/2001*, in [www.confindustria.it](http://www.confindustria.it)) y en la doctrina: O. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, editado por A. MANNA, Milán, 2004, p. 435; G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 ss.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Actas de la Conferencia de Pavia, 10-12 maggio 2001, Milán, 2002; L. STORTONI, D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Indice pen.*, 2006, p. 9 ss. En la jurisprudencia, en este sentido, Cass. pen., Sez. VI, 16.7.2010, n. 27735, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it); Cass. pen., Sez. VI, 17.9.2009, n. 36083, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

8 El d. lgs. n. 231/2001 cumple con los siguientes principios fundamentales en materia de derecho penal: el principio de legalidad, ya previsto por el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 1 y 199 del Código penal, y también el principio de no retroactividad de la ley, sin perjuicio de la retroactividad de la ley más favorable a la entidad colectiva (artículos 2 y 3 del decreto). Además, con referencia específica al principio de territorialidad que normalmente rige la jurisdicción penal, debe indicarse que el d. lgs. n. 231/01 proporciona una excepción a este principio al afirmar que las entidades que tienen en el territorio del Estado italiano la sede central pueden ser responsables en relación a los delitos cometidos en otros países, siempre que no ejerza su jurisdicción el Estado del lugar donde se cometió el delito, en los casos y en las condiciones previstas en el código penal (artículos 7, 8, 9 y 10 del decreto).

principio de “culpabilidad”, garantizado por el artículo 27 de la Constitución italiana, con el cual entraría en conflicto la responsabilidad “penal” de las entidades colectivas.

Más en particular, el artículo 27 de la Constitución establece, en primer lugar, el principio de “personalidad de la responsabilidad penal” (“*personalità della responsabilità penale*”), según el cual “la responsabilidad penal es personal”. Lo dispuesto en este precepto se ha interpretado por la doctrina en el sentido de que nadie puede ser sancionado si no que ha cometido un hecho “propio”, es decir, se trata de una responsabilidad “personal” y subjetiva que requiere dolo o culpa.

En esencia, desde el principio de “personalidad de la responsabilidad penal” se pueden derivar los siguientes corolarios: primero, la responsabilidad penal requiere que una persona haya cometido un “hecho propio”, es decir, un hecho que es objetivamente imputable a él por un nexo de causalidad entre su conducta y el resultado que del mismo se deriva. Por lo tanto, este principio excluye que cualquier forma de responsabilidad penal “por el hecho de otra persona” (“*per fatto altrui*”), es decir por un hecho cometido por otros sujetos.

En segundo lugar, la responsabilidad penal exige que una persona haya cometido un “hecho culpable”, es decir un hecho cometido con dolo, o con culpa en los casos expresamente previstos por la ley, y por lo tanto que sea “reprochable” (“*rimproverabile*”) (concepción “normativa” de la culpabilidad). Este principio excluye, al menos en principio, que en nuestro sistema penal se acepten formas de “responsabilidad objetiva”, que requieren tan sólo un nexo de causalidad entre la conducta y el hecho dañoso o peligroso, sin necesidad de verificar un elemento psicológico (dolo o culpa), tal como se admite en el derecho civil.

En mi opinión, la cuestión fundamental para admitir la responsabilidad “penal” o por lo menos “cuasi-penal” de las entidades colectivas es que, desde el punto de vista de las garantías sustantivas y procesales, los principios constitucionales establecidos para el individuo acusado de un delito en cualquier caso deben ser garantizados, *mutatis mutandis*, aún para la empresa acusada de una infracción por un hecho delictivo. A continuación explicaré cómo se garantizan los principios constitucionales y, en particular, los principios de “personalidad de la responsabilidad penal” y de “culpabilidad” por las normas contenidas en el d. lgs. n. 231/2001.

### **3. Introducción al análisis de los criterios de imputación de la responsabilidad a las entidades colectivas por un hecho delictivo**

En cuanto a la imputación de la responsabilidad, es sabido que nuestro sistema penal se ha estructurado tradicionalmente sobre el principio de responsabilidad “penal” exclusivamente de las personas físicas. En relación al mismo, se construyeron dos criterios fundamentales de imputación de la responsabilidad: uno causal y otro psicológico (dolo o

culpa). Ahora bien, si se hace una interpretación estricta, el elemento subjetivo del delito no se puede imputar a la persona jurídica, porque ésta no puede expresar una “voluntad” e en el sentido común de la voluntad propia de la persona física.

Para superar estos problemas, el legislador italiano ha tratado de garantizar los principios de “personalidad de la responsabilidad penal” y de “culpabilidad” a través de la elaboración de un nuevo sistema de criterios de imputación previstos en el d. lgs. n. 231/2001 y que establecen un estrecho vínculo entre el delito y la entidad colectiva para demostrar la “pertenencia” (“*appartenenza*”) del primero a la segunda.

Como indicaré después, nuestro legislador ha estructurado un sistema de imputación del hecho delictivo a la entidad colectiva sobre la base del ejercicio de poder inapropiado de la organización que se refleja en un “defecto de organización” o en una “política de empresa”, que respectivamente permite o incluso favorece para la comisión de delitos. En esencia, la responsabilidad se atribuye a la entidad colectiva cuando existe una estrecha “conexión” entre el delito cometido y su “defecto de organización”, sin la cual no se puede atribuir el “reproche” a la entidad.

En otras palabras, el legislador ha ideado un complejo mecanismo para la atribución de la responsabilidad a las entidades colectivas por un hecho delictivo, esencialmente haciendo eco de la lógica que subyace a la atribución por la “omisión de impedir delitos” (“*omesso impedimento del reato*”<sup>9</sup>), estableciendo cinco niveles de “pertenencia” (“*appartenenza*”<sup>10</sup>) del hecho delictivo a la persona jurídica. Sin olvidar el rol que, por supuesto, la acción de la entidad colectiva puede tener en la contribución a la comisión del delito, por ejemplo, cuando la conducta activa manifiesta una opción de “política de empresa”, que de alguna manera ha instigado o dado lugar a la comisión del delito.

Con referencia a los cinco niveles de “pertenencia”, el delito se puede imputar a la entidad colectiva<sup>11</sup>, si bien como infracción administrativa, si es:

1) diseñado genéticamente para lograr el “interés” de la propia entidad, que, por lo tanto, es la beneficiaria del delito (pertenencia “por destinación”) (*appartenenza “per destinazione”*);

9 En el sistema italiano, la atribución de la responsabilidad a una persona física por no haber impedido un delito está regulada en el art. 40 párrafo 2 c.p., que establece que “no impedir un evento, que se tiene el deber jurídico de evitar, equivale a causarlo”. Para un análisis del complejo debate doctrinal sobre este tema, vid. A.S. VALENZANO, *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell’ente per fatti di reato*, Roma, 2007, p. 99 ss.

10 Para un análisis en profundidad de los cinco niveles, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5102 ss.

11 Los destinatarios de la disciplina son, según el art. 1 del d. lgs. 231/2001, las entidades con personalidad jurídica, las sociedades y también las asociaciones sin personalidad jurídica, con la excepción del Estado, los gobiernos locales, las otras entidades públicas no económicas, así como las entidades que ejercen funciones constitucionales. Para un análisis de estos temas en la doctrina y en la jurisprudencia italiana, vid. S. MASSI, *‘Veste formale’ e ‘corpo organizzativo’ nella definizione del soggetto responsabile per l’illecito da reato*, Nápoles, 2012.

2) cometido por el “ápice” o éste lo facilita al incumplir el deber de supervisión o dirección (pertenencia “por la posición jerárquica del sujeto activo”) (*appartenenza “per la significativa posizione del soggetto attivo”*).

La disciplina italiana se completa también con los siguientes niveles adicionales de imputación, que podrían resumirse en la idea de que el delito debe ser el resultado de un “defecto de organización”. Por lo tanto, el delito debe ser:

3) causado “en concreto” por un “defecto de organización” (pertenencia “por la derivación del hecho de un defecto de organización”) (*appartenenza “per la derivazione del fatto da una lacuna dell’organizzazione”*);

4) posible gracias a la falta de un modelo de organización “normalmente adecuado” para la prevención de delitos de la misma naturaleza respecto del que se ha cometido (pertenencia “por la derivación del riesgo no permitido de la empresa” o por la llamada “culpa de organización”) (*appartenenza “per la derivazione dal rischio non-permesso d’impresa ovvero per la c.d. “colpa di organizzazione”*);

5) cometido por una “elusión no fraudulenta” del modelo organizativo por parte del autor ápicel del delito (pertenencia “por la elusión no fraudulenta del modelo organizativo”) (*appartenenza “per la non-fraudolenta elusione del modello organizzativo”*).

#### 4. El criterio del interés de la entidad colectiva

El primer criterio objetivo de imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva se encuentra en el hecho de que el delito se haya cometido “en interés” (“*nell’interesse*”) o “en beneficio” (“*a vantaggio*”) de la entidad colectiva.

La diferencia entre los conceptos de interés y beneficio se basa sustancialmente en el momento de su realización, ya que mientras el interés motiva la conducta criminal y, por lo tanto, se debe establecer “*ex ante*”, por el contrario, el beneficio se establece “*ex post*”<sup>12</sup>.

En mi opinión, se debe tener cuidado al atribuir un significado correcto a éste último, ya que todos los criterios de imputación deben establecer una “conexión” esencial del hecho delictivo con la entidad colectiva y, por lo tanto, se debe identificar una conducta que, de alguna manera, sea “genéticamente” diseñada para lograr el interés de la entidad, por su unívoca dirección objetiva, y que coincida con la intención del individuo.

Queda por determinar si cualquier conducta que pueda ser cometida con un interés divergente o incompatible con el de la entidad colectiva, puede de hecho producir un beneficio para la misma entidad, como por ejemplo de naturaleza económica, y servir, por tanto, de base para la imputación de responsabilidad. En otras palabras, la realización de una ventaja

12 En este sentido se expresa el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. n. 231/2001*, cit.).

(un mero beneficio) que puede ser de carácter ocasional, según una correcta interpretación de la norma, no debería fundamentar la responsabilidad de la entidad por el hecho delictivo que se hubiese cometido.

En conclusión, la correcta interpretación del decreto, de conformidad con el principio constitucional de “personalidad de la responsabilidad penal”, requiere considerar la fórmula de la ley como un “endíadis”, como si la ley fuera a decir que la responsabilidad debe imputarse a la entidad colectiva por una conducta que, en todos los casos, sea cometida en el interés de la misma, se produzca o no una ventaja para la misma. El beneficio no puede, por tanto, ser considerado como un criterio en sí mismo suficiente para conectar el hecho delictivo a la entidad colectiva<sup>13</sup>.

Esta interpretación viene confirmada por una atenta lectura del decreto (art. 5, párrafo 2), donde se establece que la entidad no es responsable si el individuo actuó “en propio interés exclusivo o de terceros” (“*nell’interesse esclusivo proprio o di terzi*”), lo que significa que el beneficio de la entidad por sí solo no es suficiente para imputar la responsabilidad a la misma y, por tanto, no constituye un criterio autónomo de imputación de la responsabilidad.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Corte Suprema es bastante oscilante sobre este tema, ya que ha considerado a veces el criterio del beneficio (“*ex post*”) como “alternativo” a el de interés (“*ex ante*”), y por lo tanto por sí solo suficiente para atribuir la responsabilidad a la entidad por el hecho delictivo que sea cometido<sup>14</sup>.

## 5. La posición jerárquica del sujeto activo

El segundo criterio objetivo de imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva se refiere al autor del delito que, en virtud del art. 5 del d. lgs. n. 231/2001, debe estar en una posición significativa, como “apical” o sujeto “subordinado”. Para ser imputable a la entidad colectiva, el delito debe ser cometido por el “ápice” o facilitado por éste al no haber cumplido con sus deberes de supervisión o dirección.

El legislador define las dos posiciones subjetivas, que revisten importantes diferencias, como a continuación indicaré.

Los “apicales” se definen como las personas que tienen funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de una de sus unidades de organización con autonomía financiera y funcional, así como las personas que ejercen, también *de facto*, la

13 Para más detalles, así como para un análisis de la jurisprudencia sobre este tema, N. SELVAGGI, *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, cit., p. 23 ss.

14 En particular, se hace referencia a Cass. pen., Sez. II, 30.1.2006, n. 3615, in *Riv. pen.*, 2006, p. 615; por el contrario, Cass. pen., Sez. VI, 23.6.2006, n. 32626, in *Cass. pen.*, 2007, p. 91, que excluye la posibilidad de que un beneficio “incidental” sea suficiente para imputar la responsabilidad a la persona jurídica.

gestión y control de la misma entidad. Los “subordinados”, sin embargo, se definen como aquellas personas que están sujetas a la dirección o supervisión de uno de los “ápices”.

Es importante enfatizar que, con el fin de garantizar una estrecha conexión entre el delito y la entidad colectiva a la luz del principio de “personalidad de la responsabilidad penal”, en mi opinión, es necesario que estas personas estén “inmediatamente subordinadas” a la dirección o supervisión de un líder, es decir que no se encuentren en una posición lejana respecto a éste en la cadena de mando (jerarquía) y, por lo tanto, se encuentren en una posición elevada desde el punto de vista funcional. Por esta razón, parte de la doctrina se refiere a la necesaria posición “para-apical”<sup>15</sup> de la persona “subordinada” a la dirección o supervisión de uno de los “ápices”, porque de lo contrario se puede correr el riesgo de imputar a la entidad colectiva una conducta criminal que no debería ser imputada a la misma, porque se trata de una conducta que está muy lejos del centro de decisión, es decir, del centro de producción de la “voluntad” de la misma entidad.

## 6. El nexo de causalidad entre el “defecto de organización” y el hecho delictivo

El d. lgs. 231/2001 ha seguido la experiencia estadounidense para consolidar mejor la imputación del hecho delictivo a la entidad, enfatizando la idea de la “organización en general”<sup>16</sup>.

Por lo tanto, el tercer criterio de imputación de la responsabilidad a la entidad colectiva consiste en una relación de causalidad entre el “defecto de la organización” y el hecho delictivo, en el sentido de que el delito debe haber sido causado “en concreto” por una “falta de organización” (“organización defectuosa”) o en cualquier caso por la “política de empresa”.

En mi opinión, dada la compleja estructura de la infracción que se atribuye a la entidad colectiva, el “defecto de organización” puede ser considerado como la “conducta” imputable a la misma entidad, mientras que el delito cometido puede considerarse como el “resultado” de la infracción; resultado que, según los principios generales del derecho penal, debe ser causado concretamente por la conducta a través del nexo causal.

Esta interpretación de la estructura de la infracción de la entidad colectiva viene confirmada por algunas disposiciones del d. lgs. n. 231/2001. El art. 17, apartado 1, letra b), del decreto se refiere a “las deficiencias organizativas que han llevado al delito” (“*le carenze organizzative che hanno determinato il reato*”), aunque con referencia al comportamiento *post-*

15 A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5103; M. MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Nápoles, 2006, p. 445 ss.; N. PISANI, *La struttura dell'illecito e i criteri di imputazione*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, vol. X, editado por A. D'AVIRRO e A. DI AMATO, Padova, 2009, p. 93 s. Para más detalles sobre este tema, también en una perspectiva comparada, se puede hacer referencia a A.S. VALENZANO, ‘Triggering persons’: the role of the offender in ‘ex crimine’ liability of legal entities. A comparative study on Member States’ legal systems, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs*, Vol. II, *Towards a common model in the European Union*, editado por A. FIORELLA, Nápoles, 2012, p. 213 ss.

16 En este sentido se expresa el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. n. 231/2001*, cit.).

*factum* de la entidad para eliminar estas deficiencias. Mientras el art. 7, apartado 1, del decreto establece que la entidad colectiva es responsable sólo si la comisión del delito por la persona “sometida” ha “sido posible” (“è stata resa possibile”) por haberse incumplido los deberes de dirección o supervisión por parte de uno de los “ápices” de la misma entidad, es decir, porque se ha producido un “defecto de organización” que ha llevado a la comisión del delito.

### **7. La denominada “culpa de organización” por ser inadecuado el modelo de prevención de delitos. La exención de responsabilidad en casos de entidades colectivas correctamente organizadas**

Nuestro sistema equilibra instrumentos represivos con otros de carácter preventivo, incentivando a las entidades colectivas a organizarse adecuadamente para prevenir la comisión de los delitos (también en referencia a la filosofía del llamado “*carrot and stick approach*” anglosajón<sup>17</sup>). La idea básica de la disciplina italiana, inspirada en el sistema federal estadounidense<sup>18</sup>, es la de la “prevención” de los delitos, en el sentido de que a través de la implantación del sistema de la responsabilidad de las entidades por delitos se intenta estimularlas para que se organicen “virtuosamente”.

En mi opinión, la lógica de la prevención es la que puede producir los mejores resultados en la lucha contra la comisión de delitos por parte de organizaciones, especialmente las corporaciones transnacionales<sup>19</sup>. Para este tipo de infracciones la represión por sí sola puede resultar poco eficaz para la sustancial ausencia, en la actualidad, de un sistema común que permita sancionar a las entidades que cometen delitos cuyos efectos van más allá de las fronteras nacionales<sup>20</sup>. El mejor remedio es, por lo tanto, ofrecer incentivos que les lleven a considerar más conveniente abstenerse de conductas ilícitas.

Por estas razones, el legislador italiano, con carácter innovador, exonera de responsabilidad cuando el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas

17 Por la relevancia práctica del “*carrot and stick approach*” en el sistema italiano de la responsabilidad de las entidades colectivas por los hechos delictivos, vid. C. DE MAGLIE, *Societas Delinquere potest? The Italian Solution*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, editado por M. PIETH, R. IVORY, Springer, 2011, p. 262 s.

18 En el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. 231/2001*, cit.) el legislador italiano incorpora en su modelo el sistema estadounidense de los *compliance programs*. Para un examen, en perspectiva comparada, sobre el contenido de las *Federal Sentencing Guidelines* estadounidenses, que prescriben los criterios que deben seguir las personas jurídicas en la adopción de sus *compliance programs*, se puede hacer referencia a A.S. VALENZANO, *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, cit., p. 123 ss. También por la relevancia práctica del “*carrot and stick approach*” en las *U.S. Federal Sentencing Guidelines*, D. IZRAELI, M.S. SCHWARTZ, *What Can We Learn From the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics?*, European Institute for Business Ethics, in [www.actrav.itcilo.org](http://www.actrav.itcilo.org).

19 Sobre la importancia de los modelos de prevención en los grupos internacionales, P. BASTIA, *I modelli organizzativi dei gruppi internazionali*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, segunda edición, editado por G. LATTANZI, Milano, 2010, p. 201 ss.

20 Sobre este tema, vid. S. MANACORDA, *Appunti sulle potenzialità e i limiti di applicazione territoriale delle norme in materia di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, editado por

de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la “misma especie” (de la misma naturaleza) del que se ha cometido en particular, según una evaluación que debe realizarse *ex ante* con respecto al momento de la comisión del delito (porque de lo contrario ningún modelo de organización podría ser adecuado para prevenir)<sup>21</sup>.

En otras palabras, la responsabilidad de la entidad se puede excluir si se demuestra que la misma ha adoptado y ejecutado un modelo organizativo adecuado para prevenir delitos. Esto significa que la existencia de un nexo causal entre la “falta de organización” y el delito cometido no es por sí sola suficiente para la atribución del hecho delictivo a la entidad colectiva, sino que se requiere un nivel adicional en sede de atribución.

De acuerdo con parte de la doctrina italiana, este nivel adicional de atribución exige que, en ausencia de un adecuado modelo de organización, la conducta de la entidad se ha cometido fuera del área del “riesgo permitido” por el ordenamiento; área circunscrita por las normas contenidas en el propio modelo de prevención. En otras palabras, el nexo de causalidad entre la “falta de organización” y el delito en sí mismo no excluye la licitud de la conducta empresarial cuando dicha conducta, si bien arriesgada, debe considerarse permitida por el ordenamiento porque se incluye en el área de “riesgo permitido”<sup>22</sup>.

Una importante confirmación de esta interpretación está en el mismo d. lgs. 231/2001 donde el art. 6 se refiere a la necesidad de que el modelo de organización y gestión sea “normalmente” adecuado para prevenir delitos de la “misma especie” (de la misma naturaleza) en relación a los que se han cometido, se bien no se refiere al delito específico realmente cometido. En otras palabras, la entidad no puede ser responsable por el hecho delictivo cometido si el modelo organizativo adoptado es idóneo para prevenir delitos “de la misma especie en el curso normal de los acontecimientos”.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana relaciona este nivel adicional de la atribución a la llamada “culpa de organización”<sup>23</sup>, que debería corresponder al nivel “subjetivo” de la atribución, a pesar de todas las precauciones que ya hemos explicado porque se trata de personas jurídicas que no pueden tener un elemento subjetivo del delito idéntico al de las personas físicas.

Según esta interpretación, la “culpa de organización” está determinada por la

---

A. FIORELLA, A.M. STILE, Nápoles, 2012, p. 409 ss.

21 En este sentido se expresa el art. 6 del d. lgs. n. 231/2001. Debe tenerse en cuenta que la opción del legislador italiano ha sido muy innovadora, pues en el sistema federal estadounidense, en el que si inspira la legislación italiana, la adopción de un programa de cumplimiento efectivo (“*compliance program*”) constituye sólo una circunstancia atenuante de la pena a aplicar a la persona jurídica en la fase del *sentencing*, y no es una causa de exención de la responsabilidad como en el sistema italiano.

22 En la literatura, con esta interpretación, A. FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, cit., p. 5104; y, más en profundidad, A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016, p. 56 ss.

23 Sobre el análisis y la referencia a las distintas posiciones en la doctrina, vid. A. BERNASCONI, *Soggetti in posizione apicale*

violación de una norma de cuidado entendida como “culpa por incumplimiento”<sup>24</sup> (“*colpa per inosservanza*”) que se puede “reprochar” a la entidad colectiva y que consiste en la falta de adopción de una regla de precaución adecuada para prevenir delitos “de la misma especie” a los cometidos en concreto; norma de cuidado que se establece en los artículos 6 y 7 del d. lgs. n. 231/2001 o, en el campo de la salud y seguridad en el trabajo, en el art. 30 del d. lgs. n. 81/2008<sup>25</sup>.

### 7.1. La carga de la prueba

El decreto distingue la disciplina de la carga de la prueba, dependiendo de si el delito es cometido por un “ápice” (art. 6) o por una persona “subordinada” a la dirección o supervisión de uno de los líderes (art. 7), invirtiendo la carga en el primer caso, es decir, imponiendo a la entidad la carga de probar que estaba correctamente organizada para prevenir la comisión de delitos.

En otras palabras, cuando el autor del delito es un sujeto en posición apical, el decreto establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad contra la entidad, ya que en este caso se supone, en esencia, una “conexión estrecha” entre el delito que se ha cometido y la llamada “voluntad general” de la persona jurídica, porque el vertice debería representar a esta “voluntad general”, que se expresa en las decisiones de organización y la gestión de la misma. Por supuesto, la entidad colectiva tiene la posibilidad de proporcionar pruebas para desvirtuar la presunción. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum*.

En mi opinión, debe criticarse la inversión de la carga de la prueba, porque está vulnera el principio de “presunción de inocencia” establecido por el art. 27 párrafo 2 de la Constitución italiana, en virtud del cual la carga de probar la culpabilidad del imputado es de la acusación<sup>26</sup>. Con esta norma, ya no es la acusación la que debe demostrar la “culpabilidad” de la entidad colectiva por el hecho delictivo, sino que la propia entidad colectiva tiene que defenderse proporcionando pruebas de su “correcta organización”, según los parámetros

---

*e modelli di organizzazione dell'ente (Art. 6)*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, editado por A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, Padova, 2008. En la jurisprudencia, vid. Cass. pen., Sez. III, 7.6.2001, n. 28731, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it); Cass. pen., Sez. VI, 18.2.2010, n. 27735, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

24 La “culpa por incumplimiento” está establecida por el art. 43 del Código penal italiano, que la define como “el incumplimiento de las leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas” (“*l'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*”). En este sentido se expresa el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. 231/2001*, cit.). Para un análisis del amplio debate doctrinal sobre este tema, también en perspectiva comparada, vid. A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, cit., p. 53 ss.; E. VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016, p. 227 ss.

25 En el sentido de que la “culpa por incumplimiento” no puede consistir en el mero incumplimiento de una norma de cuidado general, siendo así necesario verificar la representatividad real del resultado, como lo ha reconocido la Corte Suprema (Cass. pen., Sez. Un., 29.5.2009, n. 22676), así como por la necesidad de identificar de forma precisa la norma de cuidado específica, en el sentido de estar diseñada específicamente para evitar el resultado: A. FIORELLA, A.S. VALENZANO, *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, cit., p. 53 ss.

26 Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte de Casación se ha expreso en la dirección opuesta, asumiendo que no existe una

establecidos en el art. 6 d. lgs. n. 231/2001.

La presunción de responsabilidad contra la entidad cesa, y vuelve al principio general de la carga de la prueba que incumbe a la acusación, cuando el autor es una persona “subordinada” a la dirección o supervisión de uno de los líderes (en posición “para-apical”), según el art. 7 del decreto. En otras palabras, en este caso, la entidad puede ser considerada responsable sólo si la fiscalía proporciona pruebas de que el delito ha “sido posible” gracias a la violación de las obligaciones de dirección o supervisión, es decir, la comisión del delito ha sido “causada” o, por lo menos, “facilitada” por la misma entidad.

La violación de estas obligaciones de dirección o supervisión está en cualquier caso excluida, y con ella también lo está la responsabilidad de la entidad por el delito, cuando ésta, antes de la comisión del delito, haya adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización, gestión y control idóneos para prevenir delitos “de la misma naturaleza” que los cometidos en caso particular.

### 7.2. *Los requisitos de los modelos de prevención de delitos*

Las condiciones que, en el caso de un delito cometido por un “ápice” (sujeto en posición “apical”) deben probarse por la entidad para la exención de la responsabilidad por el hecho delictivo son las siguientes, de acuerdo con el art. 6 d. lgs. n. 231/2001:

- a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la “misma especie” (de la misma naturaleza) que los cometidos en particular;
- b) la supervisión del funcionamiento, de la eficacia y del cumplimiento del modelo de prevención implantado, así como su actualización, ha sido confiado a un organismo de la entidad colectiva con poderes autónomos de iniciativa y control (“*organismo di vigilanza*”<sup>27</sup>). En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión pueden ser asumidas directamente por el órgano de administración;
- c) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión por parte del mismo organismo (“*organismo di vigilanza*”);
- d) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión (a este asunto me referiré en breve).

---

inversión de la carga de la prueba. Vid. Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2010, n. 27735, cit.

27 Sobre un análisis de las funciones y características del “*organismo di vigilanza*”, vid. A.S. VALENZANO, *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell'ente per fatti di reato*, cit., p. 39 ss. Más recientemente, E. MEZZETTI, *Spunti di riflessione su composizione e requisiti dell'Organismo di Vigilanza ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, p. 421 ss.

Por lo que respecta al contenido del modelo de prevención de delitos, el legislador distingue de nuevo en función de si se trata de un delito cometido por un “ápice” o por una persona “subordinada” a la dirección o supervisión de uno de los líderes.

Con referencia al primer caso, es decir, el delito se atribuye al “ápice”, el decreto establece que, teniendo en cuenta el sistema de delegación de poderes, el modelo preventivo debe cumplir con los siguientes requisitos<sup>28</sup>:

- a) identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben prevenirse (“*mappatura del rischio*”);
- b) establecer los protocolos (o procedimientos) específicos para planificar la formación y la ejecución de las decisiones de la persona jurídica con relación a los delitos que deben prevenirse;
- c) identificar los modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos;
- d) imponer obligaciones de información al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención;
- e) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo de prevención.

El legislador también ha introducido una especie de mecanismo de “acuerdo” sobre el contenido del modelo de organización y gestión, estableciendo que el mismo puede adoptarse sobre la base de “códigos de conducta” (“*codici di comportamento*”), elaborados por las asociaciones representativas de las empresas (“*linee-guida*”) y notificados al Ministerio de Justicia, que puede formular observaciones sobre la “idoneidad” de los modelos de prevención de delitos.

Se trata, en nuestra opinión, de mecanismo de “acuerdo” sobre el contenido del modelo de prevención demasiado “tímido”, entre las autoridades públicas y las entidades privadas, que sin duda podría tener un mayor impacto en la práctica si el legislador sin llegar a establecer mecanismos de “consulta” pura, hubiese previsto mecanismos más eficaces para garantizar la seguridad jurídica a las entidades colectivas, para así saber con certeza qué es necesario para considerar idóneo un modelo de organización de prevención de delitos<sup>29</sup>.

Con referencia al segundo caso, es decir, cuando el delito se atribuye a una persona “subordinada” a la dirección o supervisión de uno de los ápices, el legislador ha establecido

---

28 Sobre la necesidad de que el modelo de organización constituya una especie de “tarjeta de identidad” de la entidad colectiva y sobre los pasos instrumentales de su realización, vid. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D. Lgs. 231/2001)*, in CSM, *Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28 - 30 marzo 2011, in [www.csm.it](http://www.csm.it), p. 11 ss.

29 Sobre esta cuestión, *infra*, n. 11.

elementos del modelo de prevención que parecen más simples (menos estrictos), indicando que es suficiente que el modelo de organización, gestión y control contenga las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo (según el art. 7 d. lgs. n. 231/2001).

La aplicación eficaz de este modelo de prevención requiere, en cualquier caso, una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; y de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

## 8. La elusión fraudulenta del modelo de organización y gestión

El quinto y último criterio de atribución de la responsabilidad a la entidad colectiva se establece en el art. 6 únicamente para el caso en que el delito haya sido cometido por una persona en posición “apical”. Dicho precepto se refiere a la elusión no fraudulenta del modelo organizativo por parte del autor del delito como elemento de conexión necesario entre el delito y la misma entidad. En otras palabras, en este caso la persona jurídica puede ser responsable solo si el delito ha sido cometido a través de una elusión no fraudulenta del modelo organizativo por parte del “ápice”.

*A contrario*, el decreto establece que, cuando la organización está adecuadamente organizada, ésta puede quedar exenta de responsabilidad si prueba que el delito fue cometido por el líder a través de una “elusión fraudulenta” de las reglas de conducta establecidas en el modelo de organización (“*elusione fraudolenta del modello*”). Esta causa de exclusión de responsabilidad se fundamenta en el hecho de que el fraude del líder no se puede atribuir automáticamente a una entidad correctamente organizada, porque de lo contrario se violaría el principio de “personalidad de la responsabilidad penal”<sup>30</sup>.

En resumen, para evaluar si la “actitud corporativa” ha contribuido realmente a las actividades ilegales, el legislador italiano requiere una investigación adicional sobre las posibles políticas ilegales perseguidas en secreto por la entidad a pesar de la presencia de una organización teóricamente adecuada para prevenir delitos<sup>31</sup>.

30 En este caso, se habla de un “administrador infiel”. En este sentido, vid. el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. n. 231/2001*, cit.).

31 En la jurisprudencia, una persona jurídica ha sido declarada inocente teniendo en cuenta que los líderes cometieron el delito “incumpliendo” de manera fraudulenta el modelo organizativo adoptado por la misma: Trib. Milano, 17.11.2009, in *Le società*, 2010,

## 9. El catálogo de delitos previstos en el decreto legislativo n. 231/2001

Las entidades colectivas pueden ser responsables únicamente con respecto a los delitos incluidos en el catálogo del decreto legislativo n. 231/2001, siempre que se trate de delitos cometidos por un miembro individual de la entidad y en su interés.

El catálogo debe entenderse como exhaustivo, es decir que no es extensible a otros delitos, pues de ser así se estaría llevando a cabo una interpretación analógica vetada en materia penal. El catálogo, por tanto, debe entenderse como un *numerus clausus* (artículos de 24 a 25 *duodecies* del d. lgs. n. 231/2001).

Con un planteamiento inicialmente cauto por parte del legislador italiano que tendía a delimitar la responsabilidad de las entidades colectivas sólo a los delitos contra la administración pública (incluida la corrupción), numerosas reformas han ampliado enormemente la lista de los delitos por los que la entidad puede ser responsable, si bien aún no es equiparable al número de delitos susceptibles de ser cometidos por una persona física, tal y como ocurre en Francia<sup>32</sup>.

Nuestro legislador ha ampliado expresamente la responsabilidad de las entidades colectivas a los delitos societarios, los delitos contra la fe pública, los delitos informáticos, los delitos de abuso del mercado, los crímenes contra la industria y el comercio, los delitos de receptación y reciclaje, algunos delitos contra las personas, así como el homicidio y lesiones culposas en violación de las normas relativas a la protección de la salud y seguridad en el trabajo, los delitos de delincuencia organizada, también los de carácter transnacional, los delitos de terrorismo o subversión del orden democrático, los crímenes en relación a la infracción de los derechos de autor, el delito de incitación a no declarar o de falso testimonio ante un tribunal, los delitos medioambientales y, en última instancia, el delito de uso de nacionales de terceros países cuya estancia es ilegal. También hay un proyecto de reforma para introducir los delitos fiscales.

Desde otro punto de vista, es evidente que la continua ampliación de la esfera de la responsabilidad de las entidades por la comisión de delitos produce el efecto de aumentar también las áreas de riesgo de comisión de delitos que deben ser vigiladas por el modelo prevención de delitos que, también por esta razón, debe ser actualizado constantemente.

## 10. El abanico de sanciones en el caso de entidades colectivas

---

p. 476, con comentario de C.E. PALIERO, *Responsabilità dell'ente e cause di esclusione della colpevolezza: decisione «lassista» o interpretazione costituzionalmente orientata?*, sobre el mismo caso, Corte App. Milano, 18.6.2012, in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it).

32 En particular, se trata de la ley n. 204/2004 (“*Loi Perben II*”), que entró en vigor el 31.12.2005, y que ha modificado el artículo 121-2 del Código penal francés extendiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas a todo tipo de delitos. Sobre el significado de la modificación de la ley, en la doctrina francesa, vid. E. PIRE, *La responsabilité pénale des personnes morales: difficultés de droit transitoire*, in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1650 ss.

El d. lgs. n. 231/2001 contiene un amplio abanico de sanciones que se pueden aplicar a la entidad considerada responsable de un hecho delictivo y, dentro de ciertos límites, a la misma entidad en la fase de instrucción, es decir, como medida cautelar de forma independiente a la condena penal.

El régimen sancionador es, por así decirlo, “bipartito” en el sentido de que se preven las penas de la multa así como sanciones privativas de otros derechos.

Las penas aplicables a las personas jurídicas son las siguientes:

- a) Multa por cuotas;
- b) Suspensión (“*interdizione*”) de sus actividades. Esta podrá ser temporal y en algunos casos definitiva;
- c) Suspensión o revocación (“*sospensione o revoca*”) de autorizaciones, licencias o concesiones funcionales para la comisión del delito;
- d) Prohibición de contratar (“*divieto di contrattare*”) con la administración pública, a excepción de la prestación de un servicio público;
- e) Inhabilitación (“*esclusione e revoca*”) para obtener subvenciones y ayudas públicas y la posible revocación de las ya concedidas;
- f) Prohibición de publicitar (“*divieto di pubblicizzare*”) bienes o servicios;
- g) Decomiso;
- h) Publicación de la sentencia.

Las sanciones privativas de derechos deben referirse a la “actividad específica” sobre la que recae la infracción cometida por la entidad, la llamada “unidad organizativa”<sup>33</sup> (en virtud del art. 14, párrafo 1, y art. 69, párrafo 2, d. lgs. 231/2001). El juez determina el tipo y la duración de la sanción teniendo en cuenta también la idoneidad de las sanciones para prevenir delitos de la misma naturaleza de los cometidos<sup>34</sup>.

Es además interesante resaltar que las sanciones privativas de derechos no pueden aplicarse cuando la entidad colectiva haya reparado las consecuencias del delito antes de la declaración de apertura del juicio (art. 17 d. lgs. n. 231/2001). A este respecto, se entiende por reparación:

- haber procedido a reparar íntegramente el daño causado por el delito o a eliminar las consecuencias nocivas o peligrosas del delito, o haber tomado medidas efectivas en esta dirección;
- haber eliminado las “deficiencias organizativas” (“*carenze organizzative*”) que

33 En la jurisprudencia, en este sentido, Cass. pen., Sez. VI, 28.9.2011, n. 43108.

34 En el sentido de que las sanciones deben imponerse a las entidades colectivas garantizando los principios de economía y proporción de las sanciones, se expresa el Informe del Gobierno al decreto (*Relazione al d. lgs. n. 231/2001*, cit.)

llevaron al delito a través de la adopción y ejecución de modelos de organización adecuados para prevenir delitos “de la misma naturaleza” de los cometidos, a través del llamado “modelo de reparación” (“*modello riparatore*”) o *post factum*;

- haber puesto a disposición el beneficio obtenido para fines de decomiso.

## 11. Conclusiones y perspectivas de reforma

En conclusión, la disciplina italiana sobre la responsabilidad de las entidades colectivas por hechos delictivos, aunque muy valiosa, ya que subraya el “defecto de organización” y la “culpa de organización” a los efectos de la atribución de la responsabilidad a la persona jurídica, muestra, sin embargo, algunos aspectos problemáticos tras más de diez años desde su entrada en vigor.

En primer lugar, resulta problemática la inversión de la carga de la prueba que incumbe a la entidad en el caso de que el delito haya sido cometido por un sujeto en posición “apical”<sup>35</sup>.

En segundo lugar, desconcierta la casi total ausencia de reconocimiento de la “idoneidad” de los modelos de organización por la jurisprudencia italiana<sup>36</sup>, inclinada sustancialmente a reconocer la responsabilidad de las entidades por los hechos delictivos y a declarar los modelos en concreto adoptados como “no adecuados”<sup>37</sup>.

Esta situación produce una sustancial ausencia de seguridad jurídica para las empresas, aunque, como ya se mencionó, el d. lgs. 231/2001 (art. 6, párrafo 3) ha establecido una especie de mecanismo de “acuerdo” sobre el contenido del modelo de organización y gestión, entre las entidades privadas y las autoridades públicas (en concreto, el Ministerio de Justicia), ya que los modelos de prevención pueden adoptarse sobre la base de “códigos de conducta” (“*codici di comportamento*” o “*linee-guida*”) elaborados por las asociaciones representativas de las empresas.

Sin embargo, este mecanismo no ofrece ninguna “garantía de idoneidad” del modelo de organización para prevenir delitos, ya que no se refiere al modelo específico adoptado por una entidad colectiva, sino que se refiere únicamente a los “códigos de conducta” más genéricos (“*linee-guida*”), que sirven como punto de referencia a seguir por cada entidad en la elaboración de su modelo más específico, que debe ser construido en concreto sobre la organización en particular y sobre las actividades individuales ejercitadas por cada persona jurídica a modo de “traje de chaqueta” (“*abito su misura*”).

35 Sobre este tema, *supra*, n. 7.1.

36 Para un análisis de la jurisprudencia, también sobre el modelo organizativo adoptado *post factum*, E. VILLANI, *Corporate liability 'ex crimine' and compliance programs in Italy*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs*, Vol. I, *Liability 'ex crimine' of legal entities in Member States*, cit., p. 19.

37 Para un análisis más detallado de los problemas, sobre todo de carácter práctico, que han surgido en Italia, vid. AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, cit.

En otras palabras, el hecho de que una entidad colectiva haya construido su modelo de organización y gestión específico implementando las “*linee-guida*” aprobadas por el Ministerio de Justicia no ofrece en sí mismo ninguna “garantía” para la entidad sobre la “idoneidad” del modelo de organización para prevenir delitos, es decir para la exención de su responsabilidad, ya que el juicio en concreto sobre la idoneidad para prevenir los delitos de cada modelo adoptado es competencia de los tribunales penales que, en Italia, tienden a no reconocer la idoneidad del modelo cuando se ha cometido un delito<sup>38</sup>.

En nuestra opinión, sería posible superar este estado de inseguridad jurídica para las entidades mediante el reconocimiento de mecanismos de “certificación de la idoneidad” para la prevención de delitos de “cada” modelo de organización en concreto adoptado por la persona jurídica, como ya se ha propuesto en un reciente proyecto de reforma del d. lgs. 231/2001<sup>39</sup> y como, por otra parte, ya se prevé en el caso chileno<sup>40</sup>.

De acuerdo con el citado proyecto de reforma italiano, una entidad que haya adoptado un modelo de organización cuya idoneidad para prevenir delitos esté certificada por una tercera entidad certificadora, externa a la persona jurídica, estará exenta de responsabilidad por el delito cometido, a excepción de los casos donde se haya producido una “señal de alarma grave”, porque hayan surgido violaciones importantes de las reglas que pongan de manifiesto el “defecto de organización” que hubiese causado el delito imputado, ya que un “defecto de organización” obliga a la entidad a intervenir para poner remedio a las “carencias organizativas”<sup>41</sup>.

El mecanismo propuesto de “certificación” de la idoneidad del modelo adoptado para prevenir delitos podría garantizar en la práctica el principio fundamental de la “personalidad de la responsabilidad” de la persona jurídica por los hechos delictivos, ya que ésta sería responsable sólo por un hecho “propio”, que es “personal” y “culpable”, es decir, sólo por su propio “defecto de organización” que se le puede “reprochar”, en ausencia del cual la misma entidad estaría exenta de responsabilidad por el delito cometido por la persona física.

38 Sobre el debate que se ha desarrollado en este tema en la doctrina y la jurisprudencia, vid. G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giuziale*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, cit., p. 173 ss.

39 La reciente propuesta de reforma del d. lgs. n. 231/2001, que ha sido preparada y presentada por el AREL el 7.7.2010, propone la introducción de un nuevo art. 7-bis en el d. lgs. n. 231/2001, que establece la “certificación sobre la idoneidad del modelo de organización para prevenir delitos” adoptado por la entidad colectiva: *Schema di disegno di legge di modifica del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica D.Lgs. 231/2001*, editado por R. PINZA, Roma, 2010, p. 9 s.

40 La disciplina chilena de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, claramente inspirada en la legislación italiana, incluye mecanismos para la certificación de la idoneidad del modelo de organización para la prevención de delitos. Vid. Ley n. 20.393 de 2.12.2009, y especialmente el artículo 4.

41 Para un análisis sobre este tema, así como sobre el contenido del proyecto de reforma antes mencionado, vid. A. FIORELLA, *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, cit., p. 274 ss.

## Bibliografia

AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs, Vol. I, Liability 'ex crimine' of legal entities in Member States*, editado por A. FIORELLA, Nápoles, 2012.

AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, editado por V. MONGILLO, A.M. STILE, G. STILE, Nápoles, 2013.

AMARELLI, G. *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio societas delinquere non potest*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2003.

BASTIA, P. *I modelli organizzativi dei gruppi internazionali*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, segunda edición*, editado por G. LATTANZI, Milano, 2010.

BERNASCONI, A. *Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente (Art. 6)*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, editado por A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, Padova, 2008.

CARMONA, A. *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002.

DE MAGLIE, C. *Societas Delinquere potest? The Italian Solution*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, editado por M. PIETH, R. IVORY, Springer, 2011.

DE SIMONE, G. *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*.

DE VERO, G. *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, 2008.

DI GIOVINE, O. *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA.VV., *Diritto e impresa: un rapporto controverso*, editado por A. MANNA, Milán, 2004.

FIDELBO, G. *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giuziale*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*.

FIORELLA, A. *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, dirigido por S. Cassese, Milano, 2006.

\_\_\_\_\_; VALENZANO, A.S. *Colpa dell'ente e accertamento. Sviluppi attuali in una prospettiva di diritto comparato*, Roma, 2016

FLORA, G. *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di «metamorfosi» della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003.

FORTI, G. *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *La riforma del codice penale. La parte generale*, Actas de la Conferencia de Pavia, 10-12 maggio 2001, Milán, 2002.

GOBERT, J.; PUNCH, M. *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge, 2003.

\_\_\_\_\_.; MUGNAI, E. *Coping with Corporate Criminality – Some Lessons from Italy*, in *Criminal Law Review*, 2002.

GUERRINI, R. *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006.

IZRAELI, D. ; SCHWARTZ, M.S. *What Can We Learn From the U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizational Ethics?*, *European Institute for Business Ethics*, in [www.actrav.itcilo.org](http://www.actrav.itcilo.org).

MAIELLO, V. *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d. lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002.

MANACORDA, S. *Appunti sulle potenzialità e i limiti di applicazione territoriale delle norme in materia di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, editado por A. FIORELLA, A.M. STILE, Nápoles, 2012.

MANNA, A. *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003.

MASSI, S. *'Veste formale' e 'corpo organizzativo' nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Nápoles, 2012.

MASUCCI, M. *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina penale dei gruppi di società*, Nápoles, 2006.

MEZZETTI, E. *Spunti di riflessione su composizione e requisiti dell'Organismo di Vigilanza ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs. First Colloquium*, p. 421 ss.

MUSCO, E. *Le imprese a scuola di responsabilità tra pene pecuniarie e misure interdittive*, in *Dir. e giust.*, 2001.

NIETO MARTÍN, A. *El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno*, in *Diario la ley*, 2014, n. 8248.

PADOVANI, T. *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, editado por G. DE FRANCESCO, Torino, 2004.

PALIERO, C.E. *Il d. lgs. n. 231/2001: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, n. 7.

PATRONO, P. *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002.

PIERGALLINI, C. *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D. Lgs. 231/2001)*, in CSM, *Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi*, Roma, 28 - 30 marzo 2011, in [www.csm.it](http://www.csm.it), p. 11 ss.

PIRE, E. *La responsabilité pénale des personnes morales: difficultés de droit transitoire*, in *Recueil Dalloz*, 2004.

PISANI, N. *La struttura dell’illecito e i criteri di imputazione*, in AA.VV., *La responsabilità da reato degli enti*, vol. X, editado por A. D’AVIRRO e A. DI AMATO, Padova, 2009.

PULITANÒ, D. *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, 2002.

SELVAGGI, N. *L’interesse dell’ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Nápoles, 2006.

STORTONI, L.; TASSINARI, D. *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Indice pen.*, 2006.

VALENZANO, A.S. *Modelli organizzativi e organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità dell’ente per fatti di reato*, Roma, 2007.

\_\_\_\_\_. *‘Triggering persons’: the role of the offender in ‘ex crimine’ liability of legal entities. A comparative study on Member States’ legal systems*, in AA.VV., *Corporate criminal liability and compliance programs, Vol. II, Towards a common model in the European Union*, editado por A. FIORELLA, Nápoles, 2012.

\_\_\_\_\_. *Responsabilità degli enti e criminalità transnazionale anche nella prospettiva dei rapporti tra l'Unione Europea e le Nazioni Unite*, in AA.VV., *Rapporti tra Unione Europea e organizzazioni internazionali*, editado por E. PFÖSTL, Roma, 2009.

VILLANI, E. *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016.

## **SOBRE A AUTORA:**

### **Anna Salvina Valenzano**

Doctora en Derecho Penal y Abogada, Investigadora en Universidad Sapienza de Roma (Italia), desde el año 2014, Docente de la Escuela de especialización para las profesiones legales de la misma Universidad, Docente encargada del módulo denominado “Responsabilidad administrativa por delitos y compliance programs ex d. lgs. n. 231/2001” del curso de alta formación de la Universidad Sapienza “Organización de la empresa y responsabilidad penal en la tutela de la salud y la seguridad en el trabajo”.

Ha participado en diversos proyectos de investigación, nacionales e internacionales, entre los que destaca la investigación tri-anual financiada por la Unión Europea, titulada “Corporate Criminal Liability and Compliance Programs”, llevada a cabo entre los años 2009-2012.

Autora de las obras “Modelos organizativos y organismo de vigilancia en el sistema de responsabilidad del ente por hechos delictivos”, Roma, 2007; “Culpa del ente y verificación. Desarrollos actuales en una perspectiva de derecho comparado” (Co-autor A. Fiorella), Roma, 2016; así como de numerosos ensayos en italiano, inglés y español en la materia de la responsabilidad de la persona jurídica por delitos y, en general, de derecho penal económico. Por último, ha participado como relatora en numerosos convenios, tanto a nivel nacional como internacional.

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**POSIÇÕES DO PODER  
JUDICIÁRIO SOBRE OS NEGÓCIOS  
PROCESSUAIS ATÍPICOS  
DO ARTIGO 190 DO CPC/15**

**Breve cenário após dois anos de vigência do CPC/15**

---

JUDICIARY POSITIONS ON NON-TYPICAL PROCEDURAL LEGAL  
TRANSACTIONS ENROLLED IN ARTICLE 190 OF THE 2015 CIVIL  
PROCEDURE CODE

Brief scenario after two years of CPC/15

**POSIÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS  
NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS  
DO ARTIGO 190 DO CPC/15**  
**Breve cenário após dois anos de vigência do CPC/15**

**JUDICIARY POSITIONS ON NON-TYPICAL PROCEDURAL  
LEGAL TRANSACTIONS ENROLLED IN ARTICLE 190 OF  
THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE**  
**Brief scenario after two years of CPC/15**

---

**ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO**

Universidade de Marília (Unimar)

elias.marques@cosan.com

orcid.org/0000-0002-1904-6418

lattes.cnpq.br/9928916223916595

---

**Resumo:** O presente artigo propõe uma análise teórica panorâmica acerca dos negócios processuais atípicos previstos no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 e um balanço dos reflexos jurisprudenciais desse instituto ao longo de dois anos de vigência desse código.

**Palavras-chave:** negócios processuais atípicos, código de processo civil de 2015

**Abstract:** This paper proposes a theoretical overview analysis of the non-typical procedural transactions enrolled in art. 190 of the 2015 Civil Procedure Code and a review of the jurisprudential reflexes of this institute over two years of validity of this code.

**Keywords:** non-typical procedural transactions, 2015 civil procedure code

O CPC/15 prevê o instituto dos negócios processuais atípicos, conforme estabelece o artigo 190:

*“Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”*

**Antonio do Passo Cabral**<sup>1</sup> define o negócio processual da seguinte forma:

*“convenção ou acordo processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”*

**Luiz Guilherme Marinoni**<sup>2</sup> observa:

*“É possível também que as partes dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido estipulem mudanças no procedimento. Esses acordos processuais, que representam uma tendência de gestão procedimental oriunda principalmente do direito francês, podem ser realizados em processos que admitam *autocomposição*. Podem ser acordos preprocessuais, convencioneados antes da propositura da ação, ou processuais, convencioneados ao longo do processo. Os acordos processuais convencioneados durante o processo podem ser celebrados em juízo ou em qualquer outro lugar (escritório de advocacia de uma das partes, por exemplo). O acordo processual praticado fora da sede do juízo deve ser dado ao conhecimento do juiz imediatamente, inclusive, para efeitos de controle de validade (art. 190, parágrafo único, CPC).”*

**Teresa Arruda Alvim**<sup>3</sup> exemplifica ensinando que: *“aspectos procedimentais variados podem, também, ser objeto de convenção: as partes podem estipular limites de manifestações, podem estipular a impossibilidade de existir esta ou aquela modalidade probatória, prazos mais exíguos que os legais...”*

**Cássio Scarpinella Bueno**<sup>4</sup> doutrina que os negócios processuais podem versar, por exemplo, sobre escolha de conciliador, mediador e da câmara de mediação, suspensão do processo, escolha do perito, escolha do administrador depositário, e redução de prazos.

Para **Fredie Didier Jr.**,<sup>5</sup> os negócios processuais podem versar sobre impenhorabilidade de bens, instância única, ampliação ou redução de prazos, superação de preclusão, substituição de bem penhorado, rateio de despesas processuais, dispensa de assistente técnico, retirada de efeito suspensivo de recurso, não promoção de execução provisória, dispensa de caução, limite do número de testemunhas, intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para tornar uma prova ilícita, dentre outros exemplos.

Em essência, o artigo 190 do CPC/15 prevê que as partes podem convencionar sobre aspectos procedimentais, estabelecendo mudanças no rito processual.

Grande debate existe na doutrina acerca dos limites para a aplicação do artigo 190 do

1 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podium, 2016, p. 68.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 244.

3 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 397.

4 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 217.

5 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 381.

CPC/15, não havendo, ainda, uniformidade quanto ao tema.

Para **Teresa Arruda Alvim**,<sup>6</sup> os negócios processuais não podem versar sobre deveres absolutos das partes (artigos 77 e 78 do CPC/15), sobre matérias indisponíveis e acerca de eventual não motivação das decisões judiciais.

**Fredie Didier Jr.**,<sup>7</sup> por sua vez, afirma que os negócios processuais não podem versar sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa, bem como sobre a taxatividade e cabimento dos recursos.

**Humberto Theodoro Jr.**<sup>8</sup> defende que os negócios processuais não podem limitar os poderes instrutórios do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem versar sobre qualquer outra matéria envolvendo ordem pública.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC traça algumas hipóteses interessantes para a aplicação do artigo 190 do CPC/15:

*“São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)”*

Também se pode reforçar a hipótese de prever em contrato o manejo da produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, perante o Poder Judiciário, previamente à instauração do procedimento arbitral. Esta previsão contratual estaria em linha com as normas fundamentais do CPC/15 e em total sintonia com a desejada efetividade do procedimento arbitral.

Como observa **Fredie Didier Jr.**,<sup>9</sup> o legislador do CPC/15 estipulou que a prova pode ser antecipada, independentemente de urgência, quando houver possibilidade de se viabilizar

6 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, p. 402.

7 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 388.

8 THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 471.

9 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 140.

a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação:

*“Eis aqui uma novidade do CPC atual. O direito à produção da prova nasce do fato de, com a prova produzida, surgir chance para a solução do caso por autocomposição. Não se pressupõe urgência, muito menos risco de que a prova não possa ser produzida futuramente. Estimula-se a propositura da ação probatória autônoma na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver o problema consensualmente... Também aqui há o reforço à ideia de que as provas também possuem as partes como destinatárias. Busca-se a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável”.*

**Cassio Scarpinella Bueno**,<sup>10</sup> na mesma linha, ensina que

*“chama a atenção a expressa previsão do inciso II do artigo 381, novidade para o direito processual civil brasileiro, que admite a medida com o ânimo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, iniciativa que vai ao encontro do art. 3º, parágrafo 3º. Também é digno de destaque o inciso III do mesmo dispositivo, que autoriza a produção da prova antecipada mesmo quando não há perigo na sua colheita e conservação, mas, bem diferentemente, porque o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ingresso no Poder Judiciário”.*

O legislador previu hipóteses de antecipação de prova, sem o requisito de urgência, na busca de facilitar a autocomposição das partes, ou mesmo com a intenção de possibilitar ao autor, com o devido e próprio conhecimento dos fatos, julgar se seria útil promover uma ação quanto ao mérito do seu direito a ser ali alegado.

O instituto certamente se inspira na doutrina de **Flávio Luiz Yarshell**,<sup>11</sup> a qual, mesmo antes do CPC/15, já previa a possibilidade de antecipação de prova independentemente da urgência, sustentando-se que:

*“a perspectiva mais abrangente do direito de ação, tal como vista anteriormente, afeiçoa-se ao reconhecimento de um direito de produzir prova autonomamente, sem natureza propriamente cautelar, porque providência de tal ordem, na medida em que exerce a função preventiva descrita, pode e deve ser entendida como abrangida pela amplitude dos meios predispostos pelo Estado para uma efetiva resolução de controvérsias. A produção da prova na forma alvitada é, inegavelmente, um instrumento, ainda que indireto, apto a contribuir para a tutela dos interesses reconhecidos no plano material, se vista a garantia da ação em uma perspectiva ampla suficiente a abarcar todos os meios colocados pelo Estado para superação dos conflitos”.*

A importância da medida antecipada de prova do artigo 381 do CPC/15, nas hipóteses

10 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 353.

11 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 255.

dos incisos II e III, é reconhecida pelo professor **Humberto Theodoro Júnior**<sup>12</sup> como importantíssima na tarefa de se evitar ações judiciais infundadas:

*“Como já advertido, acolhendo à moderna visão doutrinária que alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura instrução no juízo contencioso, o novo código admitiu a medida em duas outras situações: (a) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (b) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada à real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável”.*

O raciocínio do professor vai ao encontro da dinâmica das normas fundamentais do CPC/15, sendo certo que o real propósito do artigo 381, II e III, do CPC/15 é o de viabilizar a autocomposição e/ou de evitar demandas desprovidas de suporte probatório suficiente<sup>13</sup>.

**Luiz Guilherme Marinoni**,<sup>14</sup> na mesma linha, doutrina que:

*“as outras duas hipóteses em que se autoriza a obtenção antecipada de provas se relacionam a instrumentos para evitar o conflito judicial ou para permitir um melhor dimensionamento de sua condução. Assim, o primeiro desses casos objetiva fornecer subsídios que permitam às partes buscar uma solução extrajudicial de seu conflito, seja por conciliação, por mediação ou mesmo por arbitragem. A outra das situações trata da situação em que a prova pode determinar seja a propositura de demanda judicial, seja o seu não ajuizamento”.*

O artigo 381, II e III, do CPC/15 pode ser utilizado como um grande aliado na busca de eficiência e efetividade do procedimento arbitral.

12 THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 913.

13 No mesmo sentido: “Nessas duas hipóteses, é mais vantajoso, tanto para o sistema quanto para o autor e o réu, que, em vez de ser proposta, já de uma vez, a ação principal nos casos em que houver chance de autocomposição ou dúvida do autor sobre o cabimento do pedido (ou a extensão do seu direito), seja distribuída, apenas, uma mais simples, antecedente e não litigiosa ação probatória autônoma, cujo objetivo é a realização de uma prova. A vantagem dessa prova é que ela será judicial e bilateral, isto é, será colhida sob a fiscalização do Poder Judiciário e submetida à garantia do contraditório oficial. E, com base no resultado dessa prova, autor e réu terão melhores condições de negociar eventual autocomposição. O autor passará a ter elementos mais adequados para analisar a pertinência e os contornos de eventual demanda principal, a qual, se vier a ser ajuizada, provavelmente será proposta com adequação e pertinência muito mais elevadas”. REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (coord.). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 558.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015, p. 309.

Não raro, as partes instauram o procedimento arbitral, arcando com todos os ônus a ele inerentes, para apenas no decorrer do procedimento reconhecer a dificuldade de aliar as provas que podem ser produzidas ao contexto jurídico-fático de seus respectivos pedidos.

Previamente conhecer os elementos de prova do seu caso concreto, e decidir se realmente faz sentido instaurar o procedimento arbitral, delimitando-se adequadamente os pedidos a ser objeto da arbitragem, está em plena conformidade com as normas fundamentais do CPC/15.

Contudo, para que o manejo da produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência, possa se dar perante o Poder Judiciário e previamente ao início do procedimento arbitral, faz-se necessário o uso do negócio processual atípico.

As partes deverão prever em seu contrato que o Poder Judiciário, independentemente dos efeitos da cláusula arbitral, poderá ser acionado em hipóteses de urgência, bem como nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 do CPC/15. Ressalva-se assim, através da dinâmica do artigo 190 do CPC/15, a competência do Poder Judiciário para o uso pela parte da produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, por sua vez, já destacou hipóteses em que o uso do artigo 190 do CPC/15 não seria autorizado:

*“A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância improba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicuscuriae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei. São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação. Somente partes absolutamente capazes podem celebrar convenção pré-processual atípica (arts. 190 e 191 do CPC/2015)”<sup>15</sup>.*

A recente Portaria n. 33/2018 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incentiva o uso do negócio processual atípico nas execuções fiscais. Merece aplausos o artigo 38 da Portaria n. 33/2018 da PGFN que autoriza expressamente a Fazenda Pública a celebrar negócios processuais, com vistas a promover o recebimento do crédito:

*“Art. 38. O Procurador da Fazenda Nacional poderá celebrar Negócio Jurídico Processual visando a recuperação dos débitos em tempo razoável ou obtenção de garantias em dinheiro, isoladamente ou em conjunto com bens idôneos a serem substituídos em prazo*

---

15 <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>

*determinado, inclusive mediante penhora de faturamento, observado o procedimento disposto no regulamento expedido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional”.*

Não é demais lembrar que a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público também estimula as convenções processuais:

*“Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”.*

Não há dúvida que há clara divergência doutrinária e jurisprudencial sobre os limites para o manejo do negócio processual atípico.

Por isso, as manifestações jurisprudenciais autorizando a aplicação do artigo 190 do CPC/15 se mostram interessante norte para a consolidação dos contornos a serem observados pelas partes quando da celebração do negócio processual atípico.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 2118535-58.2017.8.26.0000, da 17ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido relator o Desembargador Paulo Pastore Filho, decidiu-se que as partes podem convencionar, em negócio processual atípico, sobre qual bem deve recair a penhora. Veja-se:

*“EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL — Acordo levado a efeito entre as partes, com previsão de penhora sobre imóveis oferecidos pelos executados – Viabilidade – Com o advento do novo CPC, é possível as partes celebrarem negócio jurídico processual, amoldando as normas processuais de acordo com os seus interesses – Inteligência do art. 190 do CPC/2015 - Composição que preserva os interesses das partes, bem como encontra arrimo no artigo 774, inciso V, e art. 829, § 2º, do CPC/2015 - Decisão reformada – Recurso provido”.*

Por outro lado, no também recente julgamento do Agravo de Instrumento n. 2098515-46.2017.8.26.0000, da 33ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido relator o Desembargador Eros Piceli, decidiu-se que as partes não podem convencionar sobre a possibilidade de se aplicar o instituto da denunciação da lide em caso concreto que seria regido pelo código de defesa do consumidor, dada a vedação de ordem pública que estaria contida no comando do art. 88 do diploma consumerista:

*“Ação de indenização – discussão envolvendo falha na prestação de serviço de guincho oferecido por concessionária de rodovia – elementos que indicam a incidência do Código*

*de Defesa do Consumidor – vedação à denúncia a lide – artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor – norma de interesse público que afasta a autocomposição prevista no artigo 190 do CPC diante de sua indisponibilidade – indeferimento da denúncia a lide mantida - agravo de instrumento não provido”.*

Por sua vez, apesar do que prevê o artigo 2, II, da Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, a Terceira Turma do TST, no julgamento do Recurso de Revista n. 0147300-49.2012.5.13.0004, tendo sido Relator o Ministro Alexandre de Souza Agra, com acórdão publicado em 27/10/2017, considerou válida a convenção processual atípica para autorizar o uso de prova emprestada. Veja-se:

*“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Configura-se a negativa de prestação jurisdicional se a parte não consegue, não obstante provocação mediante embargos de declaração, obter do órgão jurisdicional pronunciamento sobre aspecto essencial ao deslinde da controvérsia que não constitua inovação recursal ou matéria preclusa, como forma de homenagear o princípio da motivação, elevado ao nível constitucional, constante do art. 93, IX. No caso em análise, da decisão a quo entende-se, perfeitamente, que o pleito de horas extras foi deferido conforme a prevalência da prova do autor sobre a da reclamada, conforme o princípio da convicção motivada, restando registrado que não havia a figura do repouseiro. **Ademais, improcede a alegação de prática de falso testemunho a inquirir de nula a prova uma vez que houve negócio processual, pois as partes dispensaram a oitiva de testemunhas e concordaram com a juntada da ata do dia 09.04.2013, extraída dos autos do processo nº 1221/2012-3, a ser utilizada como prova emprestada. Assim, não poderia a parte inquirir de nula a decisão, por suposta alegação de falso testemunho, se ela mesma fez negócio processual no sentido de que a Ata do processo em epígrafe fosse utilizada no presente processo como prova emprestada. Incólume o art. 93, IX, da CR/88. Recurso de revista não conhecido. HORAS EXTRAS. INTERVALO INTRAJORNADA. O julgador analisou a prova e chegou à conclusão de que deveria dar prevalência à prova do autor, seja porque as fichas ministeriais e demais documentos colacionados são inservíveis como prova de jornada de trabalho, seja porque prevaleceu a prova do autor em detrimento da produzida pela reclamada, concluindo pela existência das horas extras declinadas, conforme autorização do art. 131 do CPC de 1973 (371 do CPC/2015). Incólumes, portanto, os arts. 74, §§ 1º, 2º e 3º e 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973. Não há falar em contrariedade à Súmula nº 338, I, II e III, do TST, pois ainda que se admita que os denominados cartões ministeriais sejam equivalentes aos cartões de ponto previstos na CLT para o controle de jornada, tais constituiriam apenas uma presunção relativa em favor do empregador, que restaria superada pela prova que militou pelo reclamante, que foi tida como suficiente a formar a convicção do julgador em detrimento dos documentos apresentados pela reclamada. Os arestos colacionados são inservíveis ao fim colimado, porque partem de premissas não reconhecidas em sede regional, como prova testemunhal contraditória, depoimento de única testemunha, não comprovação do alegado pela prova testemunhal e prova***

*dividida, enquanto em sede regional o julgador se convenceu da prova apresentada pelo autor como idônea ao convencimento dos fatos alegados (art. 131/CPC/1973). Incidência da Súmula nº 296, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. MULTA DO ART. 475 - J DO CPC/1973 (art. 523 do CPC/2015). INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. A controvérsia não demanda mais discussões nesta Corte Superior que resolveu, mediante decisão do Tribunal Pleno, em incidente de recursos repetitivos, IRR-1786-24.2015.5.04.0000, em sessão realizada no dia 21/8/2017, que A multa coercitiva do artigo do artigo 523, parágrafo 1º do CPC (antigo artigo 475 - J do CPC de 1973) não é compatível com as normas vigentes da CLT por que se rege o processo do trabalho, ao qual não se aplica. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 880 da CLT e provido. CONCLUSÃO: Recurso de revista parcialmente conhecido e provido” (g.n.)*

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 2045753-87.2016.8.26.0000, a 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido relator o Desembargador Luis Fernando Nishi, entendeu que as partes, com base no artigo 190 do CPC/15, podem versar sobre a forma pela qual recebem intimações:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO MONITÓRIA – HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – Intimação para os fins do artigo 475-J do CPC/1973 – Ré executada sem advogado constituído nos autos – INTIMAÇÃO PESSOAL – DESNECESSÁRIO – Partes que estipularam mudança no procedimento para ajustá-lo a especificidade da demanda – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO CPC/2015 – CABIMENTO - Intimações a serem realizadas no endereço declinado, ficando autorizado o recebimento de intimação por quaisquer terceiros que nele se encontrem. AUTOCOMPOSIÇÃO E CAPACIDADE PLENA DAS PARTES. DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES A PERMITIR O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL - Inteligência do art. 190, do CPC/2015. DECISÃO AGRAVADA REFORMA. AGRAVO PROVIDO.”Segue interessante trecho do julgado: “Consagrado na nova ordem processual, o CPC/2015 permite o negócio jurídico processual, como fundamento no dever de colaboração, face aos interesses disponíveis dos envolvidos, como forma, ainda, da efetividade da prestação jurisdicional, certo, ademais, que a disposição em análise decorre de acordo entra as partes, agora em fase de cumprimento, sem que nisso resida qualquer violação de lei”.*

E, no julgamento da Apelação Cível n. 70075492462, a 16ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido relator o Desembargador Paulo Sérgio Scarparo, entendeu que as partes podem convencionar sobre a realização da audiência de conciliação e sobre o momento para a apresentação de contestação:

*“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ACORDO PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO, COM REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA, A PARTIR DA QUAL CORRERIA O PRAZO PARA CONTESTAR. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VÁLIDO. ART. 190 DO CPC. NÃO OBSTANTE, JUÍZO DE ORIGEM CONDUZIU O PROCESSO AO ARREPIO DO ACORDADO PELAS PARTES,*

*EM INEQUÍVOCO PREJUÍZO À RÉ S&K, CUJO PRAZO CONTESTACIONAL FOI TOLHIDO. ERROR IN PROCEDENDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. DERAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ S&K PRODUTOS PARA SAUDE LTDA., RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DA PARTE AUTORA. UNÂNIME.”. Segue interessante trecho do julgado: “Percebe-se, então, que as partes acordaram a realização de nova audiência de conciliação, sendo que o prazo para contestar somente correria a partir dessa nova solenidade. Nesse ponto, convém lembrar que o CPC permitiu, em seu art. 190, às partes a realização de negócios processuais a fim de adaptar o procedimento às especificidades do caso, privilegiando, segundo a norma fundamental do art. 3º, parágrafo 4º, a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação. Dessa forma, plenamente válido - e em consonância com o espírito do novo diploma processual - o ajuste firmado pelas partes para nova tentativa de conciliação, correndo o prazo defensivo somente a partir dessa segunda audiência”.*

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2002087-65.2018.8.26.0000, conforme acórdão relatado pelo Desembargador Sérgio Gomes, a 37ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser plenamente cabível o negócio processual atípico para prever medidas constritivas contra o devedor, afastando-se a decisão de primeira instância que havia julgado pela inconstitucionalidade do artigo 190 do CPC/15:

*“Agravo de instrumento Execução de título extrajudicial - Instrumento particular de confissão de dívida - Cláusula contratual que prevê, em caso de novo inadimplemento, a possibilidade de penhora e arresto de bens antes mesmo da citação Indeferimento da pretensão na origem, sob fundamento de inconstitucionalidade do art. 190 do CPC. Descabimento. **A partir do advento do novo CPC, é possível às partes celebrarem negócio jurídico processual, amoldando as normas processuais de acordo com os seus interesses - Negócio jurídico celebrado entre partes plenamente capazes. Medidas constritivas autorizadas, fixando-se, todavia, a penhora de recebíveis de cartões de crédito e de ativos financeiros a 15% dos valores que vierem a ser encontrados, até quitação integral da dívida, para não inviabilizar a continuidade das atividades da empresa - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido. (...). Na espécie, o que se tem da avença celebrada é que o credor anuiu em receber a dívida de forma parcelada e sem atualização, enquanto que os agravados acordaram com a efetivação, no caso de inadimplência, de atos processuais de constrição antecipados e facilitados em caso de eventual descumprimento. Referida convenção revela-se compatível com os princípios e garantias constitucionais. De outro lado, a assertiva dos devedores de que assinaram o instrumento sem orientação jurídica não pode ser aceita, ausente qualquer comprovação da ocorrência de vício de consentimento, dolo, erro, fraude ou coação que pudesse inquiná-lo de nulidade. Registre-se, por oportuno, que a execução é feita no interesse do credor (art. 797 do CPC), sendo inquestionável que já vem sofrendo prejuízos em razão do inequívoco inadimplemento dos devedores. Ademais, a providência pretendida contribuirá de maneira mais célere para a efetividade do processo executivo, cuja finalidade principal é justamente a expropriação de bens do devedor para a satisfação***

*integral do crédito perseguido. (...) Nesse passo, ratifica-se o efeito ativo concedido, para que seja efetivado o arresto sobre os direitos aquisitivos derivados de alienação fiduciária que o fiador Naoto Carlos Saito possui sobre o imóvel constante da matrícula 38.936 1º CRI de Santos/SP - (fls. 54/56 autos principais). De outro lado, igualmente admissível a constrição sobre recebíveis de cartões de crédito no percentual de 15%, até a satisfação do crédito. Outrossim, defere-se, também, o arresto 'online' sobre 15% do montante que eventualmente for encontrado nas contas correntes e aplicações financeiras de titularidade dos executadas, percentual esse também adotado para não inviabilizar as atividades dos devedores. Por fim, embora sustentem os executados que a constrição no percentual de 15% prejudicará a continuidade das atividades da empresa, nada restou comprovado nos autos, ficando, portanto, mantido esse montante, podendo sofrer eventual revisão, contudo, caso efetivamente demonstrada tal necessidade.”*

Na mesma linha de admissão do artigo 190 do CPC/15, a 2ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento - Nº 1404094-69.2018.8.12.0000 – Dourados, em acórdão relatado pelo Desembargador Vilson Bertelli, entendeu pela possibilidade de as partes celebrarem negócio processual atípico para prever a denúncia da lide da empresa seguradora:

*“EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – DENUNCIÇÃO DA LIDE – NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL – MEDIDA JUDICIAL BENÉFICA ÀS PARTES – DEFERIMENTO. Nos termos do artigo 190 do Código de Processo Civil, o magistrado não pode interferir no negócio jurídico processual, consistente na denúncia da lide, mesmo quando regularizada após o início da instrução do processo, com o objetivo de incluir a seguradora na condição de denunciada, especialmente quando essa medida judicial beneficia as partes e contribui para solução definitiva da crise de direito material, fundamento da demanda, e estão preenchidos os requisitos legais. Recurso provido”. Quanto ao artigo 190 do CPC/15, aponta que: “Essa regra veio a consagrar a possibilidade de as partes firmarem negócios processuais, antes severamente negado por parte da doutrina processual. Mesmo quando admitido, o negócio processual se limitava a hipóteses tipificadas, como a eleição do foro. A norma do Código de Processo Civil de 2015 criou, a exemplo do direito inglês e francês, uma cláusula geral de modo a permitir que as partes incluam como objeto de negociação processual a situação das partes e do procedimento. Dinamarca acentua que esses ajustes se configuram em verdadeiros atos de autorregulação dos próprios interesses, essência de todos os negócios processuais. Constituem-se em declarações de vontade destinadas a produzir efeitos. Premiam a autonomia da vontade e, por serem atos processuais dado que praticados no processo pelos sujeitos processuais, são negócios jurídicos processuais. O Artigo 190 do CPC, ao final, estabelece que tais negócios processuais podem ter por objeto o procedimento e as posições jurídicas processuais. Além disso, é de ser exigido o preenchimento dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Esses requisitos podem ser sindicados pelo juiz, como todo e qualquer requisito de*

*validade. No caso concreto, esses requisitos estão evidenciados. As partes são capazes, o objeto é lícito (denúnciação da lide) e a forma escrita foi observada, visto que as partes, ainda que em momentos diferentes, manifestaram-se no mesmo sentido, pela admissão da intervenção de terceiro. Tal negociação incidu sobre o procedimento, qual admissão de ampliação subjetiva e objetiva da demanda, em fase posterior à inicial, consagrada para tal fim. Incidiu, de igual modo, sobre a posição jurídica das partes, de maneira a permitir que o poder de denúncia pudesse ser exercido após a regularização de mero aspecto formal, consistente na apresentação ulterior da apólice de seguro correta. A circunstância de prejudicar o término da fase instrutória também não justifica o indeferimento da denúncia da lide. **A negociação processual é permitida em qualquer fase do processo, e independe de homologação judicial.** Vale dizer, só se admite intervenção quando há nulidade, visto que o ordenamento jurídico em vigor não autoriza o magistrado a interferir na vontade das partes de mudarem o procedimento, o ônus, os poderes, faculdades e deveres processuais. Aliás, a inclusão da empresa Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros beneficia ambas as partes, especialmente se o pedido inicial for acolhido. A autora será beneficiada porque poderá apresentar cumprimento de sentença diretamente contra seguradora, conforme posicionamento jurisprudencial atual, e a empresa ré/denunciante não terá a necessidade de ajuizar demanda de regresso. Ademais, a presença da denunciada, como litisconsorte da ré, ampliará o contraditório e contribuirá para a instrução e solução justa da demanda. **A solução prestigia fortemente os princípios da economia e da eficiência (CPC, art. 8º).** Não bastassem esses argumentos, o contraditório foi respeitado e será observado, ao permitir que a litisdenunciada ingresse como sujeito do processo e participe de todo o procedimento, da fase instrutória, inclusive. Diante disso, deve ser deferida a denúncia da lide porque havia contrato de seguro na época do acidente, houve negócio jurídico processual sobre essa matéria e é medida judicial voltada à solução definitiva da crise de direito material. Não se ignora, outrossim, o fato da empresa ré ter requerido a denúncia no momento oportuno, na contestação, que só não foi deferida em razão do equívoco na juntada da apólice do seguro vigente no ano anterior ao acidente, mas o referido seguro foi renovado posteriormente. Não houve, portanto, preclusão temporal.”*

Os recentes julgados, no geral, prestigiaram a aplicação do artigo 190 do CPC/15, e buscaram traçar uma leitura em conformidade com as normas fundamentais do CPC/15.

Neste contexto, muito ao contrário do que parcela da doutrina imaginava quando dos debates acadêmicos acerca da utilidade do negócio processual atípico do artigo 190 do CPC/15, é certo que o Poder Judiciário já vem sendo instado a se posicionar sobre os requisitos de validade de tal instituto; sendo inegável que existem julgados que demonstram a inclinação do Poder Judiciário de prestigiar o manejo pelas partes dos negócios processuais.

Mas não se questiona que o Poder Judiciário ainda terá a difícil missão de delinear, com mais precisão, quais são os limites de aplicação do artigo 190 do CPC/15, sendo, portanto, importantíssimos os recentes julgados acerca do tema.

### Referências bibliográficas

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podium, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Salvador: Jus Podium, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: Jus Podium, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015.
- REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. In: CÂMARA, Helder Moroni (coord.). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Almedina, 2016
- THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

### **SOBRE O AUTOR:**

#### **Elias Marques de Medeiros Neto**

Pós Doutorado em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (2014). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília. Professor de Direito Processual Civil do IDP-SP. Foi presidente da Comissão de Defesa da Segurança Jurídica do Conselho Federal da OAB (2015/2016) e membro da comissão especial de estudos do novo Código de Processo Civil do Conselho Federal da OAB (2014/2016).

# IL PROBLEMA COSTITUZIONALE DELL'ATTUAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI

---

THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF THE IMPLEMENTATION  
OF SOCIAL RIGHTS

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# IL PROBLEMA COSTITUZIONALE DELL'ATTUAZIONE DEI DIRITTI SOCIALI

## THE CONSTITUTIONAL PROBLEM OF THE IMPLEMENTATION OF SOCIAL RIGHTS

---

**FRANCESCO PALLANTE**

Università di Torino  
Conselho Editorial DESC  
orcid.org/0000-0003-4707-3250  
francesco.pallante@unito.it

---

**Riassunto:** L'articolo si interroga sul problema dell'attuazione dei diritti costituzionali, e in particolare dei diritti sociali, nel quadro di una costituzione pluralista. Considerando i diritti costituzionali vincoli all'esercizio dei pubblici poteri – in quanto contenuto del patto costituente, prima ancora che per via della loro collocazione gerarchica –, si argomenta che, pur nell'ambito della loro discrezionalità politica, i pubblici poteri stessi hanno il dovere di realizzare interventi volti all'attuazione dei diritti (e di astenersi dal compiere interventi ostativi alla loro attuazione). Ciò vale anche per la decisione di bilancio, che deve rispettare le priorità costituzionali, privilegiando le «spese costituzionalmente vincolate» rispetto alle «spese costituzionalmente facoltative» (ed evitare le «spese costituzionalmente vietate»). In vista del raggiungimento di questo obiettivo, si suggerisce la configurazione di vincoli, costituzionalmente giustiziabili, non *di* ma *al* bilancio, vale a dire in favore della destinazione di risorse certe agli interventi pubblici volti a dare concretezza al contenuto minimo dei diritti costituzionali.

**Parole-chiavi:** attuazione dei diritti costituzionali, diritti sociali, bilancio

**Abstract:** The article deals with the problem of the implementation of constitutional rights, particularly of constitutional social rights, within the framework of a pluralist constitution. Considering the constitutional rights constraints on the exercise of public powers – as a content of the constitutional pact more than due to their hierarchical position –, it is argued that, even within their political discretion, the public powers themselves have a duty to carry out interventions aimed at the implementation of rights (and to refrain from carrying out interventions that hinder their implementation). This also applies to the budgetary decision, which must respect constitutional priorities, favoring “constitutionally bound expenditure” with respect to “constitutionally voluntary expenses” (and avoiding “constitutionally prohibited expenses”). In view of the achievement of this goal, we suggest the configuration of

constraints, constitutionally justiciable, to budget in favor of the destination of certain resources to public interventions aimed at giving substance to the minimum content of constitutional rights.

**Keywords:** implementation of constitutional rights, social rights, budget

## 1. – I diritti sociali nel quadro di una costituzione pluralista

In questo articolo mi propongo di svolgere alcune riflessioni sul tema dell'attuazione dei diritti costituzionali – e, in particolare, dei diritti sociali – nell'ambito dell'esperienza costituzionale italiana, anche se con l'obiettivo di formulare considerazioni vevoli, in generale, per le costituzioni pluraliste.

### 1.1. – *Pluralismo e bilanciamento*

Il pluralismo è caratteristica che accomuna le costituzioni del Novecento, come effetto del superamento del voto per censo e del conseguente allargamento dei confini della cittadinanza politica a tutte le classi sociali: quell'allargamento che – per ricorrere al linguaggio di Massimo Severo Giannini – nella prima metà del secolo trasforma lo Stato da monoclasse a pluriclasse. In uno scenario in cui gli attori politici diventano molteplici ed esprimono visioni del mondo diverse – se non, su taluni profili, contrapposte – le costituzioni diventano documenti riassuntivi delle variegate tendenze culturali, economiche e politiche che è necessario far convivere nella società.

In questa prospettiva, la contestuale presenza nella costituzione di una pluralità di principi – anche tra loro contrastanti e comunque non gerarchizzati – è un dato positivo, perché tesse, anziché lacerare, il legame sociale. Includere il più ampio numero di visioni in competizione, anziché escluderne a forza alcune, consente alle carte fondamentali di operare come strumenti di convivenza tra forze sociali contrapposte, sostituendo alla logica dello scontro fratricida amico-nemico (à la Carl Schmitt) quella del conflitto tra avversari politici (secondo la teorizzazione di Hans Kelsen). Sul piano politico, il conflitto riguardo al contenuto da dare alla costituzione si trasforma in conflitto sull'attuazione di quel contenuto, vale a dire sulla scelta, rimessa alla discrezionalità politica, dell'ordine e dell'intensità di realizzazione concreta delle diverse previsioni costituzionali, pur con l'onere di non dimenticarne nessuna. Sul piano giuridico, è il bilanciamento lo strumento attraverso cui principi diversi trovano, contestualmente, parziale attuazione nella regola di volta in volta sancita dal legislatore o dal giudice.

Nell'ottica del bilanciamento, i principi sono destinati a limitarsi reciprocamente, dando vita a un sistema costituzionale sempre aperto al possibile raggiungimento di nuovi punti di equilibrio, rappresentati dalle regole nel tempo concretamente stabilite. Il compito

di scegliere tra i vari possibili punti di equilibrio spetta al legislatore: le scelte effettuabili sono molteplici e quella che prevarrà dipende dai rapporti di forza, sempre mutevoli, in un dato momento vigenti nella società. Vi è, tuttavia, un limite invalicabile, che vincola la discrezionalità legislativa (anch'essa inevitabilmente limitata, come tutti i poteri costituiti): il sacrificio del principio che in un determinato frangente è socialmente e politicamente meno "sostenuto" non potrà mai spingersi sino al suo completo annullamento, pena il prodursi di uno "sbilanciamento" incostituzionale sanzionabile dal giudice delle leggi. È ciò che Luigi Ferrajoli – pur critico nei riguardi della nozione di bilanciamento – definisce la «sfera del non decidibile».

La Corte costituzionale italiana si è espressa in argomento con grande chiarezza, attraverso le sentenze n. 264 del 2012 e n. 85 del 2013. La sentenza n. 264 del 2012 afferma che compito della Corte costituzionale è proteggere la Costituzione come un insieme unitario, in modo da assicurare una tutela «sistemica e non frazionata» di tutti i diritti e i principi in essa presenti. Quel che, in particolare, non deve accadere – ha aggiunto la sentenza n. 85 del 2013 – è «l'illimitata espansione di uno dei principi, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», ed è per questo che la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di absolutezza per nessuno di essi».

Si potrebbe dire così: la tecnica del bilanciamento prevede che ogni principio vada rispettato nella sua intima essenza, perché non farlo significherebbe espungerlo dal compromesso costituzionale che ha dato unità al pluralismo. La scienza giuridica ha parlato, in proposito, di «nocciolo duro», «contenuto minimo», «livello essenziale», «soglia invalicabile», «elemento incompressibile», «nucleo indefettibile» ecc. dei principi costituzionali. Non è senza rilievo che tale nozione abbia trovato positivizzazione nell'ordinamento costituzionale italiano, nel 2001, con la riscrittura dell'art. 117, comma 2, lett. m, Cost. per il quale i «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali [...] devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Ciò comporta – ha precisato la Corte costituzionale – che «nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone», «il legislatore [...] gode di discrezionalità», ma «detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 80 del 2010).

Ciò detto, un elemento di potenziale perplessità merita di essere sottolineato: una volta positivizzata, la nozione di «livello essenziale» – configurabile come limite di costituzionalità "in negativo" alla legislazione, finché frutto di teorizzazione dottrinale –

diventa per il legislatore obiettivo da realizzare “in positivo”, con il rischio evidente che quello che dovrebbe essere il livello *minimo* di tutela dei diritti diventi *il* livello di tutela dei diritti, oltre il quale si perde ragione di andare. Per ricorrere a una metafora: che ciò che nella costruzione dell’“edificio” dei diritti dovrebbe essere il “pavimento” si trasformi nel “tetto”.

### 1.2. – *E l’equilibrio di bilancio?*

Il discorso si fa ulteriormente delicato in seguito all’inserimento nella Costituzione italiana del principio dell’equilibrio di bilancio (l. cost. 20 aprile 2012, n. 1). Con riferimento al discorso in svolgimento, il tema, ricco di implicazioni, rileva soprattutto per una questione: il principio dell’equilibrio dei bilanci (statale, regionali, locali) è un super-principio costituzionale «imperioso» o «tiranno», destinato a prevalere in ogni caso sugli altri principi, o è un principio costituzionale posto sullo stesso piano degli altri principi costituzionali e dunque, al pari degli altri, suscettibile di bilanciamento?

Sulla base della ricostruzione sopra prospettata a proposito del pluralismo costituzionale, non si può che affermare la necessaria ponderabilità anche dell’equilibrio di bilancio: tutti i principi costituzionali, nessuno escluso, devono essere bilanciabili, a pena di far cadere l’intero pluralismo costituzionale. Se anche un solo principio risultasse non bilanciabile, se ne dovrebbe infatti dedurre che quel principio vale in assoluto: ne deriverebbe l’assolutismo, non il pluralismo, costituzionale. Senza considerare che ritenere l’equilibrio di bilancio un superprincipio non ponderabile causerebbe, come inaccettabile conseguenza, l’inversione dell’ordine gerarchico delle fonti, con la subordinazione della Costituzione alla legislazione (di bilancio) ordinaria: i diritti risulterebbero infatti attuabili solo se, e nella misura in cui, fossero loro destinate risorse dalla legge di bilancio.

A conforto di tale ricostruzione – per la quale la ponderazione deve necessariamente interessare tutti i principi costituzionali, nessuno escluso – si può richiamare la prima sentenza pronunciata dalla Corte costituzionale, la n. 1 del 1956, adottata in polemica con la Corte di cassazione proprio per via della differente concezione dei diritti costituzionali fatta valere dalle due supreme magistrature. Ridotta all’essenziale, la questione verteva intorno al tentativo – sostenuto dalla Cassazione – di vincolare la normatività delle disposizioni costituzionali di programma (in particolare quelle che prevedono la realizzazione di uno Stato sociale) alla previa adozione della legislazione ordinaria di attuazione (Sezioni Penali Unite, sentenza del 7 febbraio 1948). Di contro, la Consulta approfittò proprio della prima occasione in cui poté pronunciarsi per tagliare il nodo che si voleva stringere al collo della Costituzione, proclamando la prescrittività di tutte le disposizioni costituzionali, incluse quelle di programma e di principio.

In definitiva, allora come oggi, il riconoscimento costituzionale di un diritto non è

un atto meramente formale, la cui attuazione normativa è rimessa alla buona volontà del legislatore; al contrario, produce un vero e proprio vincolo giuridico. Introdurre un diritto in una carta costituzionale significa porre un vincolo alla discrezionalità politica, che da quel momento *deve* predisporre gli apparati necessari a far fronte alle esigenze riconducibili a quel diritto. Naturalmente, occorre considerare anche gli altri interessi costituzionali coinvolti – tra cui, oggi in molti Paesi, l’esigenza che i bilanci pubblici siano «in equilibrio» – e, come visto, bilanciarli: com’è accaduto, con esiti diversi, nelle sentenze della Corte costituzionale italiana n. 264 del 2012, n. 10, n. 70, n. 178 del 2015 e, da ultimo, n. 275 del 2016.

## 2. – Crisi e diritti sociali

Il discorso sin qui svolto vale, a maggior ragione, in tempi di crisi economica, quando la contrazione delle risorse disponibili tende, anzitutto, a ripercuotersi sulle prestazioni che costituiscono il sistema di *welfare* pubblico.

I dati relativi alla condizione economico-sociale italiana sono a tratti drammatici, nonostante – occorre ricordarlo – l’Italia continui a essere una delle dieci economie più floride del pianeta. Il problema fondamentale, in effetti, non è tanto quello della carenza di risorse, quanto, piuttosto, quello della loro sempre più diseguale distribuzione, al punto che l’Ocse colloca l’Italia nel gruppo dei Paesi in cui, nei dieci anni della crisi, la disuguaglianza sociale, provocata dalla concentrazione delle risorse economiche (reddito e patrimonio) verso l’alto, è maggiormente aumentata. E così, mentre l’Eurostat stima che l’Italia conti, in termini assoluti, il più alto numero di poveri in Europa (10,4 milioni su un totale 78,5), l’associazione italiana dei gestori del risparmio (Assogestioni) dichiara che negli ultimi dieci anni l’ammontare delle risorse affidate a fondi d’investimento e gestioni di portafogli è sempre aumentato, sino a toccare la cifra record di 2.089 miliardi di euro nel 2017 (a fronte degli 841,2 miliardi del 2008). L’indice di Gini certifica chiaramente questa situazione, collocando l’Italia al settimo posto in Europa per tasso di disuguaglianza, ben oltre la media dell’Unione europea.

A incidere sulla disuguaglianza sono soprattutto due elementi.

Il primo è l’inadeguatezza del sistema tributario, che – a tacere dell’abnorme evasione – ha da tempo abbandonato la strutturazione progressiva, che costituzionalmente dovrebbe essergli propria, per assumerne una sostanzialmente proporzionale a vantaggio dei più ricchi. È un discorso che vale per l’imposizione sui redditi, così come per quella sui patrimoni (con riguardo a questi ultimi, la situazione è così anomala da aver indotto l’Ocse e il Fmi a suggerire l’introduzione di un’imposta patrimoniale e un incremento delle imposte sulle successioni). Straniante, sul punto, l’andamento del dibattito pubblico contemporaneo, completamente assorbito da proposte – quali la *flat tax* e il “recupero” dei c.d. residui fiscali

da parte delle regioni più ricche – che ulteriormente allargherebbero la forbice tra indigenti e benestanti, anziché da iniziative – quali la lotta all’evasione, l’ampliamento della base imponibile, la ristrutturazione secondo progressività dell’imposizione su redditi e patrimoni – rivolte al contrasto e alla riduzione delle disparità.

Il secondo elemento all’origine della disegualianza è la vertiginosa contrazione della spesa sociale, da cui derivano crescenti difficoltà d’intervento a favore dei più deboli, quantomeno per lenire *ex post* le conseguenze della povertà. Tutti i principali diritti sociali risultano in stato di grave sofferenza: la salute, l’assistenza, l’istruzione, l’abitazione. Per non dire del lavoro. Non è questa la sede in cui si può approfondire l’argomento. Ai fini del discorso in atto, è sufficiente ricordare poche cifre: (a) con il 9,2% rispetto al Pil, l’Italia spende oramai in salute meno di Regno Unito, Spagna, Francia e Germania. Gli indicatori che misurano la salute dei cittadini restano per il momento superiori alla media europea, ma ci si chiede se ancora sarà così quando – come previsto dall’ultimo *Documento di economia e finanza* (Def) – nel 2019 il finanziamento scenderà al 6,4% del Pil, un decimale al di sotto del livello minimo fissato dall’Ocse affinché un sistema sanitario possa adeguatamente funzionare; (b) il Fondo nazionale per le politiche sociali – strumento principe di intervento in materia di assistenza – ammontava nel 2002 a 1,09 miliardi di euro; dieci anni dopo era precipitato a 42,9 milioni. Risalito sopra la soglia dei 300 milioni negli anni successivi, è ridisceso a 77 milioni nel 2017: vale a dire, ad appena il 7% dell’ammontare di un tempo. A ciò vanno aggiunti i tagli che hanno colpito i trasferimenti statali agli enti territoriali (la Corte dei Conti ne ha certificati per 40 miliardi di euro tra il 2008 e il 2015), considerato che da tali enti dipende una parte significativa del sistema di assistenza sociale; (c) la spesa in istruzione, colpita dalle draconiane decurtazioni degli anni 2008-2012 (pari ad almeno 10 miliardi di euro), colloca oramai l’Italia agli ultimi posti in Europa, con una quota di risorse impiegate rispetto al Pil di appena il 4% (e conseguenti dati statistici disastrosi riguardo ad abbandono scolastico, percentuale di diplomati e laureati, analfabetismo funzionale); (d) la spesa in edilizia residenziale pubblica è stata praticamente azzerata, nonostante la disponibilità di abitazioni pubbliche sia oggi in grado, sul territorio nazionale, di far fronte alle esigenze abitative di 700 mila famiglie, pari ad appena un terzo di quelle che avrebbero realmente necessità di un alloggio.

### **3. – Dai vincoli *di* bilancio ai vincoli *al* bilancio**

Nel quadro della situazione ora sommariamente descritta, il tema dell’attuazione dei diritti costituzionali diventa, a maggior ragione, ineludibile. Se già è problematico assicurare adeguata attuazione a tutti i diritti quando le circostanze economiche sono favorevoli, che fare nei contesti di crisi economica?

Un'indicazione di direzione sembra emergere da quanto detto nei paragrafi iniziali a proposito del pluralismo costituzionale e del conseguente necessario bilanciamento tra i diritti. L'indicazione è la seguente: se è vero che tutti i diritti vanno, quantomeno, attuati con riguardo al loro «contenuto minimo essenziale», non tutti gli impieghi delle risorse pubbliche risultano allora equivalenti, ma occorre distinguere tra «spese costituzionalmente vincolate», «spese costituzionalmente facoltative» e «spese costituzionalmente vietate». «Spese costituzionalmente vincolate» sarebbero quelle che il legislatore deve necessariamente disporre, in quanto rivolte alla soddisfazione dei livelli essenziali delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali. «Spese costituzionalmente facoltative» sarebbero quelle che, solo a fronte della eventuale disponibilità di risorse eccedenti, il legislatore è libero di decidere discrezionalmente, al fine di finanziare attività, prestazioni o servizi diversi da quelli inerenti al «nucleo duro» dei diritti. «Spese costituzionalmente vietate» sarebbero, infine, quelle volte a realizzare obiettivi il cui raggiungimento è precluso dalla costituzione (come, per fare un facile esempio relativo ai Paesi in cui è vietata la pena capitale, le spese rivolte a costruire strutture in cui dare esecuzione a sentenze di morte e ad acquistare le strumentazioni a tal fine necessarie).

Si può dire così: posta l'inammissibilità delle «spese costituzionalmente vietate», le «spese costituzionalmente vincolate» devono avere la «priorità» sulle «spese costituzionalmente facoltative», dal momento che queste ultime risultano costituzionalmente legittime solo se, una volta soddisfatte le prime, avanza disponibilità di risorse. Altrimenti, si configurerebbe un utilizzo incostituzionale della discrezionalità politica, contro il quale sarà possibile chiamare a intervenire i giudici costituzionali. Il legislatore agisce, infatti, incostituzionalmente sia se non prevede «spese costituzionalmente necessarie», sia se prevede «spese costituzionalmente facoltative» senza che prima siano state soddisfatte tutte le «spese costituzionalmente necessarie», sia, infine, se prevede «spese costituzionalmente vietate». Se così è, nei Paesi a costituzione pluralista la Corte costituzionale deve allora essere messa in condizione di controllare la manovra di bilancio decisa dal Parlamento, eventualmente colpendola con dichiarazione di incostituzionalità. Come ha scritto Gustavo Zagrebelsky, per le spese che corrispondono a veri e propri diritti di prestazione sanciti dalla Costituzione «non c'è politica (e quindi nemmeno dipendenza da *interpositio* di valutazioni discrezionali del legislatore) ma solo giurisdizione in nome della Costituzione».

In concreto, si possono distinguere tre ipotesi.

La prima ipotesi è quella dell'inadeguatezza dell'ammontare complessivo delle risorse pubbliche disponibili, per cui, anche se non sono state previste «spese costituzionalmente facoltative», non è comunque possibile soddisfare tutte le «spese costituzionalmente vincolate».

In tal caso, sebbene la scelta del *quantum* spendere spetti al legislatore, se le condizioni economiche complessive sono tali da consentire una maggiore spesa (grazie a un maggiore prelievo fiscale), la Corte costituzionale dovrebbe poter dichiarare l'incostituzionalità della legge di bilancio per carenza di entrate. L'ipotesi è presa esplicitamente in considerazione da Massimo Luciani, che, con riguardo all'ordinamento italiano, immagina due possibili strumenti di intervento: (1) l'«adozione di una sentenza parziale, nella quale enunciare il “principio” dell'incostituzionalità della legge in assenza del reperimento delle risorse necessarie entro il termine indicato, con contestuale fissazione di una nuova udienza subito dopo la scadenza di tale termine. A seguito della seconda udienza si potrebbe adottare la sentenza definitiva, che – ovviamente – sarebbe di rigetto o di accoglimento a seconda della risposta data dal legislatore»; (2) l'adozione di «una sentenza di incostituzionalità condizionata e differita. La Corte potrebbe dichiarare la legge illegittima a condizione che il legislatore non abbia reperito, entro l'esercizio finanziario indicato, le risorse necessarie, con effetti annullatori decorrenti a far data dal maturarsi dell'inadempimento».

La seconda ipotesi è quella in cui, pur in presenza di un'adeguata raccolta di risorse attraverso il sistema fiscale, si sia in presenza di «spese costituzionalmente vietate». A prescindere dal fatto che ciò renda o meno insufficienti le risorse disponibili per le «spese costituzionalmente vincolate», la Corte costituzionale dovrebbe poter dichiarare l'incostituzionalità della legge di bilancio perché prevede decisioni di spesa contrarie alla costituzione. Come strumento utilizzabile si potrebbe pensare a sentenze di accoglimento parziale che annullano la legge di bilancio nella parte in cui prevede spese contrarie alla costituzione, con l'effetto di liberare risorse per le «spese costituzionalmente vincolate», se insufficienti, o per ulteriori «spese costituzionalmente facoltative» se le «spese costituzionalmente vincolate» sono già adeguatamente finanziate.

La terza ipotesi è quella in cui, pur in presenza di un'adeguata raccolta di risorse attraverso il sistema fiscale, vi sia un eccesso di «spese costituzionalmente facoltative», tale da rendere insufficienti le risorse disponibili per le «spese costituzionalmente vincolate». In tal caso, grazie a un giudizio di ragionevolezza, la Corte costituzionale dovrebbe poter dichiarare l'incostituzionalità della legge di bilancio per cattivo utilizzo della discrezionalità politica nella scelta d'impiego delle risorse tramite sentenze additive di principio che colpiscono la legge di bilancio nella parte in cui non consente di attribuire adeguate risorse per l'attuazione del livello minimo essenziale dei diritti costituzionali. L'ipotesi è presa in considerazione, nella dottrina italiana, da Cesare Pinelli che immagina la possibilità di impugnare innanzi alla Corte costituzionale le leggi di stabilità e di bilancio in caso di «manifesta inadeguatezza delle risorse necessarie al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai

diritti fondamentali»: operando tramite lo strumento della pronuncia additiva di principio, la Corte avrebbe modo di controllare le scelte di bilancio compiute dal legislatore senza invaderne l'ambito di competenza, dal momento che il Parlamento manterrebbe piena discrezionalità nel decidere come riequilibrare il bilancio, scegliendo quali risorse assegnate a «spese costituzionalmente facoltative» ricollocare in favore delle «spese costituzionalmente vincolate» finanziate in misura insufficiente. C'è, peraltro, almeno un precedente in cui la stessa Corte costituzionale italiana si è spinta oltre: è il caso della sentenza n. 241 del 1989 che, con riferimento al diritto all'abitazione, ha dichiarato incostituzionale l'art. 22, co. 2, della legge finanziaria n. 67 del 1988 perché aveva arbitrariamente sottratto una parte cospicua (5 mila miliardi di lire) del contributo Gescal destinato alla costruzione di abitazioni per i lavoratori dipendenti, assegnandolo al bilancio generale dello Stato.

Concludendo, la possibile soluzione capace di garantire il rispetto delle priorità costituzionali di spesa potrebbe essere quella di configurare vincoli, costituzionalmente giustiziabili, non *di* ma *al* bilancio, vale a dire in favore della destinazione di risorse certe all'attuazione del contenuto minimo dei diritti. Come qui sostenuto, è possibile ricavare tali vincoli attraverso l'interpretazione del testo costituzionale. Ma si potrebbe andare oltre: Gianni Ferrara ha proposto di modificare la Costituzione italiana inserendovi una «riserva di bilancio in favore dei diritti sociali» in modo «che nei bilanci di previsione dello Stato, delle regioni, dei comuni il cinquanta per cento della spesa risulti complessivamente destinato a garantire direttamente o anche indirettamente i diritti: alla salute, all'istruzione, alla formazione e all'elevazione professionale delle lavoratrici e dei lavoratori, alla retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, all'assistenza sociale, alla previdenza, all'esistenza dignitosa ai lavoratori e delle loro famiglie».

## Bibliografia

- A.B. Atkinson, *Disuguaglianza. Cosa si può fare?*, Raffaello Cortina, Milano 2015.
- P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, Barbera 1951.
- S. Boscolo, *Che fine ha fatto la progressività dell'Irpef?*, in *Lavoce.info*, 23 marzo 2018 (<http://www.lavoce.info/archives/52070/fine-la-progressivita-dellirpef/>).
- A. Brancasi, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, annali VII, Milano 2014.
- C. Buzzacchi, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè Milano 2015.

- D. Cabras, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: una regola importante per la stabilizzazione della finanza pubblica*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2012.
- L. Carlassare, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2013.
- L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in «Costituzionalismo.it», n. 3, 2015.
- L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in «Costituzionalismo.it», n. 1, 2016.
- I. Ciolli, *I diritti sociali*, in F. Angelini e M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli 2012.
- I. Ciolli, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 26 maggio 2015, (<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/05/ciolli.pdf>).
- L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001.
- L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007.
- G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 18 aprile 2012.
- M. Franzini e M. Pianta, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza, Roma-Bari 2016.
- S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino 2015.
- M.S. Giannini, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Cedam, Padova 1988.
- T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2014.
- P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, La Nuova Italia Scientifica, Roma 1993.
- H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1984 (ed. orig. 1929).
- M. Losana, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, Jovene, Napoli 2010.
- M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, relazione al seminario «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012», Corte costituzionale, Roma, 22 novembre 2013 (<http://>

www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\_seminari/Seminario2013\_Luciani.pdf).

M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in «Rivista AIC», n. 3, 2016.

D. Messineo, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012.

A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2014.

A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in «Rivista AIC», n. 1, 2014.

A. Pace, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in «Astrid Rassegna», n. 4, 2013.

C. Pinelli, *Interpretazione e interpreti dell'equilibrio di bilancio*, in «Astrid Rassegna», n. 5, 2015.

F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milano 2004.

A. Poggi, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione Europea*, in «Rivista AIC», n. 1, 2017.

G. Razzano, *Lo “statuto” costituzionale dei diritti sociali*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” sul tema *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012 (<http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/trapanirazzano.pdf>).

A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in «Consulta online», Sezione “Studi e Commenti”, 2012.

C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali. Relazione al XXVIII Convegno dell'Aic*, in «Rivista AIC», n. 4, 2013.

G. Scaccia, *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 2, 2013.

C. Schmitt, *Le categorie del «Politico»*, Bologna 1972 (ed. orig. 1927).

A. Spadaro, *Diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale” europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in «Rivista AIC», n. 4, 2011.

A. Tabacchi, *L'equilibrio dei bilanci: una regola costituzionale “europea” per le finanze pubbliche*, in «Rassegna parlamentare», n. 1, 2013.

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992.

G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano 1993.

G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012.

## **SOBRE O AUTOR:**

**Francesco Pallante**

Professor de Direito Constitucional da Universidade de Turim, Itália. Autor de: *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo* (Jovene, 2008) e *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità* (Giappichelli, 2018).

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**BREVÍSSIMAS REFLEXÕES SOBRE  
A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO  
DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA  
NO ORDENAMENTO BRASILEIRO,  
DO CPC DE 1973 AO CPC DE 2015**

---

CONSIDERATIONS ON THE EVOLUTION OF REPETITIVE LITIGATION  
IN BRAZILIAN LAW, FROM THE 1973 CIVIL PROCEDURE CODE TO THE  
2015 CIVIL PROCEDURE CODE

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# BREVÍSSIMAS REFLEXÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DA LITIGIOSIDADE REPETITIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO, DO CPC DE 1973 AO CPC DE 2015<sup>1\*</sup>

## CONSIDERATIONS ON THE EVOLUTION OF REPETITIVE LITIGATION IN BRAZILIAN LAW, FROM THE 1973 CIVIL PROCEDURE CODE TO THE 2015 CIVIL PROCEDURE CODE

---

**HEITOR VITOR MENDONÇA SICA**

Universidade de São Paulo  
lattes.cnpq.br/3801088449482436  
orcid.org/0000-0002-4861-8139  
heitorsica@usp.br

---

**Resumo:** O presente texto propõe-se a analisar a evolução do tratamento legislativo da litigiosidade repetitiva, do CPC de 1973 ao CPC de 2015, com especial ênfase ao microsistema de tutela coletiva e às reformas do ordenamento processual orientadas a introduzir mecanismos de aglomeração de processos individuais repetitivos.

**Palavras-chave:** tutela coletiva, litigiosidade repetitiva, incidente de resolução de demandas repetitivas

**Abstract:** This paper analyzes the evolution of the legislative treatment of repetitive litigation, from the 1973 Brazilian civil procedure code to the 2015 Brazilian civil procedure code, with special emphasis on the collective redress microsystem and the reforms of the procedure code oriented to introduce mechanisms of agglomeration of repetitive individual processes.

**Keywords:** collective redress, repetitive litigiousness, incident of resolution of repetitive demands

### 1. Introdução

O CPC de 1973 declaradamente aspirava se revestir do mesmo apuro técnico que os Códigos de Processo Civil editados na Europa continental nas décadas anteriores, em especial o italiano e o português.

---

<sup>1\*</sup> O presente texto constitui versão revisada da exposição realizada em 26.11.2015 no Seminário Internacional “Sistemi processuali a confronto: il nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile, tra tradizione e rinnovamento”, realizado em Roma, Itália, sob coordenação dos professores Bruno Sassani (Università “Tor Vergata”), Antonio Carratta (Università Roma Tre) e Giovanni Bonato (Univertè Paris Ouest Nanterre). Isso explica o teor descritivo de algumas passagens, particularmente importantes para o público estrangeiro, mas bem conhecidas pelos leitores brasileiros.

Contudo, excetuado o aprimoramento terminológico, a melhor estruturação das matérias e alguns avanços pontuais, pode-se dizer que o CPC de 1973 era substancialmente igual ao diploma que o antecedeu (CPC de 1939<sup>2</sup>): ambos ainda fortemente arraigados às tradições herdadas do direito lusitano medieval<sup>3</sup> e cunhados com o objetivo primordial a solução de conflitos intersubjetivos eclodidos em uma sociedade ainda majoritariamente rural.<sup>4</sup>

Não causa surpresa o fato de que rapidamente se concluiu que o CPC de 1973 era obsoleto e inadequado à solução de litígios complexos, que surgem em uma sociedade de massa urbana então em expansão.

À vista disso, o sistema processual civil passou, de 1980 em diante, a ser profundamente alterado por numerosas e profundas reformas legislativas.

As dezenas de leis em matéria de direito processual civil editadas entre as décadas de 1980 e de 2000 podem ser subdivididas, para fins exclusivamente didáticos, em três grupos: (a) as que criaram e aprimoraram os mecanismos de tutela coletiva; (b) as que, posteriormente, reduziram a efetividade dos instrumentos de tutela coletiva antes criados; e (c) as que se propuseram a aprimorar os processos individuais.

## 2. Criação do microsistema de processos coletivos (1985-1990).

Entre 1985 e 1990, o Brasil promulgou dois diplomas que, analisados conjuntamente, formam um microsistema de processo coletivo:<sup>5</sup> Leis Federais nº 7.347 de 1985 e 8.078 de 1990.<sup>6</sup>

A primeira criou a chamada “ação civil pública”, cujas características principais são as seguintes: (a) visa proteger direitos transindividuais<sup>7</sup> que, até então, não eram tutelados pelos

2 Essa é a opinião de um dos maiores processualistas brasileiros de todos os tempos, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.284-286).

3 Assim denunciou Liebman, em ensaio publicado após seu retorno a Itália: Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: CARNELUTTI, Francesco. *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milão: Giuffrè, 1951, p. 581-607.

4 Isso explica a profusão de procedimentos especiais e de mecanismos de intervenção de terceiros aplicáveis a litígios que envolviam posse e propriedade de imóveis, herdados de monumentos legislativos passados e afeiçoados a sociedades em que a terra é o principal bem de produção.

5 Afirmando a existência de um microsistema de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, confira-se, por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

6 Esses diplomas constituem os principais pilares do microsistema de tutela de interesses transindividuais, embora não tenham sido os primeiros a instituir normas nesse campo. Como bem lembrou há tempos Barbosa Moreira (A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’). In: *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p.110-124), o ordenamento jurídico brasileiro previa a ação popular, há meio século disciplinada pela Lei nº 4.717/65 e que já se apresentava como mecanismos de defesa de “interesses difusos”, no tocante aos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, par.ún., da Lei nº 4.717/65). Contudo, a aplicabilidade desse instrumento era (e ainda é) limitada, pois deva abrigar o pedido de “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos” (art. 1º, *caput*). Ou seja, fundamentalmente a ação popular é instrumento para ataque a atos administrativos (realidade reconhecida por Barbosa Moreira novamente alguns anos depois do ensaio aqui referido: A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.186).

7 O art. 1º da Lei nº 7.347 se referia, originalmente, à tutela dos seguintes direitos transindividuais: meio-ambiente, relações de consumo, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posteriormente, incluíram-se por meio de reformas legislativas, a defesa da ordem urbanística e da ordem econômica.

mecanismos individuais de tutela jurisdicional previstos no CPC de 1973;<sup>8</sup> (b) legitimidade ativa concorrente e disjuntiva conferida *ope legis* a determinados entes públicos e privados reputados pela lei como representantes adequados; (c) o aprimoramento de mecanismos de efetivação da tutela específica (de modo a privilegiar a prevenção e a reparação *in natura* do direito transindividual lesado);<sup>9</sup> (d) o estabelecimento de coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* (isto é, coisa julgada *ultra partes*, ressalvada a possibilidade de repositura da ação em caso de improcedência por insuficiência de provas).<sup>10</sup>

Em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que contém profunda normatização sobre tutela coletiva, não apenas relativa aos litígios consumeristas de massa, mas igualmente a todos os conflitos envolvendo quaisquer outros direitos transindividuais.

Além de diversos aprimoramentos em relação ao regime processual previsto na “Lei da Ação Civil Pública” de 1985, o CDC inovou ao possibilitar a tutela de direitos *acidentalmente coletivos*, os quais são direitos individuais com “impacto de massa” e que, portanto, podem ser tratados num processo coletivo.<sup>11</sup> O art. 81, parágrafo único, III do CDC os denominou, com claríssima inspiração na doutrina italiana,<sup>12</sup> como *direitos individuais homogêneos*.

8 A criação desse *subsistema* partiu da constatação, feita décadas antes, de que determinados interesses, porquanto *difusos* (*rectius*, pertencentes a uma gama indeterminável de titulares), não poderiam ser adequadamente tutelados pelos mecanismos processuais cunhados pelo CPC de 1973 para litígios intersubjetivos, sobretudo face à restritiva regra concernente à legitimidade ativa constante do seu art. 6º, primeira parte: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (...)”. Essa constatação já era considerada pacífica no Brasil ao começo da década de 1980. Embora ocioso comprovar essa assertiva, não custa mencionar a esse respeito Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.88-121, esp. p. 96-118).

9 Parte-se do correto pressuposto de que a tutela meramente reparatória no mais das vezes seria inócua para adequada proteção de determinados bens jurídicos, seja por seu valor inestimável, seja pela dificuldade ou impossibilidade prática de recuperá-los eficazmente depois de danificados.

10 A redação original do art. 16 da Lei nº 7.347 era a seguinte: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

11 Segundo entendimento doutrinário largamente disseminado, os direitos *acidentalmente coletivos* se diferenciam dos direitos *essencialmente coletivos*, os quais são divididos em duas categorias: os difusos e os coletivos em sentido estrito, os quais têm em comum, segundo Ricardo de Barros Leonel, “uma união tão firme que a satisfação de um só implica a satisfação de todo, e a lesão de um só implica a lesão da inteira coletividade. São os interesses essencialmente coletivos: o caráter coletivo é da própria essência, da substância do interesse”. (*Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 101-102). A par dessa expressão, já consagrada na doutrina, Teori Albino Zavascki preferiu se referir ao fenômeno como o de *tutela coletiva de direitos individuais* em contraposição à *tutela de direitos coletivos* (*Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006, cap.7).

12 Vincenzo Vigoriti, em 1979, já apresentava essa distinção entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, assinalando que: “Non sarebbe peraltro, né oportuno di fronte a fenomeni suscettibili di amplissimi sviluppi, affermare che solo per certi interessi è possibile parlare di interessi diffusi o collettivi, e sostenere magari che gli interessi diffusi sono solo quelli che hanno un certo contenuto, e collettivi quelli che ne hanno uno ancora diverso. Le due formule concernono entrambe i processi di aggregazione degli interessi individuali ed indicano due stadi diversi di fenomeni omogenei nella sostanza. A livello semplicemente diffuso mandano i meccanismi di coordinamento delle volontà, non si sono saldati quei vincoli che possono dare un carattere unitario ad un fascio di interessi uguali; a livello collettivo esiste invece un’organizzazione, nel senso che esistono strumenti di direzione e di controllo, e la dimensione superindividuale degli interessi acquista una sua precisa rilevanza giuridica. (...) Questi scrive incisivamente che l’interesse collettivo è «l’interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto non già da più beni atti a soddisfare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività»” (*Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979, p. 43-47). Kazuo Watanabe, um dos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, ao comentar o diploma apresentou a mesma distinção proposta por Vincenzo Vigoriti: “Os interesses ou direitos ‘coletivos’ foram conceituados como ‘os transindividuais de natureza

Imaginava-se que se trataria de um instrumento apto a neutralizar a litigiosidade repetitiva,<sup>13</sup> promovendo isonomia no tratamento dos sujeitos individualmente afetados por condutas lesivas de projeção coletiva e diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário com processos individuais oriundos do mesmo conflito de massa.

Em suma: parece claro que o objetivo de cada uma dessas técnicas de tutela coletiva é diverso. No primeiro caso, o foco é a ampliação do acesso à justiça, para a ela trazer litígios que não poderiam ser tratados por meio das técnicas de tutela individual. No segundo caso, o foco é a redução do acesso individual à justiça, substituindo-o pela tutela coletiva.

Ainda que sem embasamento em dados estatísticos, é corrente o pensamento de que a tutela dos direitos essencialmente coletivos apresentou resultados positivos e a tutela dos direitos acidentalmente coletivos malogrou.

No primeiro campo, de fato foi possível passar a trazer ao Poder Judiciário litígios que antes não eram judicializados com base nas técnicas processuais individualistas do CPC de 1973. Destaca-se, aí, particularmente o papel do Ministério Público, que se aparelhou de modo notável para a defesa de direitos transindividuais e assumiu verdadeiro protagonismo no sistema judiciário brasileiro, sobretudo nas áreas de proteção ao meio ambiente e à probidade administrativa.

No segundo campo, o sistema falhou nos intentos de reduzir a judicialização individual de litígios de massa repetitiva e de promover isonomia. E uma das explicações para tal fracasso repousa em uma diretriz colocada à base da tutela dos direitos acidentalmente coletivos, isto é, a de manter totalmente incólume o direito de acesso individual ao Poder Judiciário.

De fato, rechaçou-se tanto a técnica do *opt-in* quanto do *opt-out*,<sup>14</sup> presente em outros

---

indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base' (art. 81, parágrafo, nº II). Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. (...) Nos interesses ou direitos 'difusos', a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas a relação jurídica base que nos interessa na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão" E, nos interesses ou direitos individuais homogêneos, também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais 'decorrentes de origem comum'. O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão" (*Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005).

13 Neste sentido Ricardo de Barros Leonel apresentou claramente a finalidade dos direitos individuais homogêneos para solução da litigiosidade repetitiva, descrevendo que: "Neste contexto, podem ser identificadas vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário. Decorrente da 'atomização' de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais" (*Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 110).

14 Marcos Cavalcanti, de forma sucinta, descreve a funcionalidade da técnica do *opt-in* *opt-out* no sistema estadunidense: "Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos de decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (*opt-in*)" (*Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 94).

sistemas de tutela coletiva e, no lugar disso, o art. 104 do CDC facultou ao autor da ação individual apenas a possibilidade de requerer a suspensão do seu processo, após ciência do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não poder se beneficiar da eventual sentença de procedência lá proferida. Por outro lado, estabeleceu-se a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, de modo que os indivíduos somente se beneficiam da sentença de procedência, nunca se prejudicam (salvo no caso previsto no referido art. 104 do CDC). Assim, desponta evidente que o sistema não foi munido de instrumentos para inibir eficazmente demandas individuais, até mesmo porque, em um país de dimensões continentais, há natural dificuldade para que os sujeitos interessados tenham informação quanto à pendência de um processo coletivo.

Ademais, mesmo quando o sistema efetivamente funciona, substitui-se uma pluralidade de ações de conhecimento individuais por uma pluralidade de liquidações e execuções individuais da sentença coletiva genérica que julga procedente a ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos (art. 95, CDC).

Pois o sucesso do modelo de tutela de direitos essencialmente coletivos e o fracasso do modelo de tutela dos direitos acidentalmente coletivos ajudam a explicar parte expressiva das reformas legislativas operadas no sistema processual nos anos 1990 e 2000 e, em alguma medida, as opções feitas na elaboração do CPC de 2015. Esse é o objeto da análise que se segue.

### **3. Reformas do microsistema de processos coletivos (1992-2001)**

O segundo grupo de leis que reformaram o sistema processual civil brasileiro foram aquelas editadas entre 1992 e 2001, com o declarado propósito de enfraquecer o microsistema de processo coletivo, sobretudo relativamente à sua aplicação em face do Poder Público.<sup>15</sup>

Não bastasse, depois dessa época, naufragaram praticamente todas as iniciativas para reformas legislativas do microsistema de processos coletivos.<sup>16</sup>

O sistema processual civil brasileiro continuou, portanto, calcado essencialmente no acesso individual à tutela jurisdicional.

Por força desse e de outros fatores, o Poder Judiciário brasileiro, desde meados da década de 1990, passou a enfrentar um quadro crônico de congestionamento, que pode ser atribuído em grande medida à litigiosidade repetitiva. Essa afirmação se baseia em alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se propôs a identificar os “100

15 A Lei Federal nº 8.437 de 1992 proibiu que juízes de 1º grau concedessem, inaudita altera parte, medidas de urgência em face do Poder Público e aprimorou mecanismos para que a medida fosse cassada pelos tribunais. A Lei Federal nº 9.494 de 1997 instituiu limitações na eficácia da sentença e na imutabilidade da coisa julgada proferida em processos coletivos. A Medida Provisória nº 2.180 de 2011 proibiu a utilização do processo coletivo relativamente a algumas matérias de interesse do Poder Público, em especial no tocante ao direito tributário e previdenciário.

16 Destacam-se aqui o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, que foi elaborado por comissão capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e entregue ao Ministério da Justiça em 2008, mas não se converteu em efetivo projeto de lei. Em seu lugar, o Ministério da Justiça elaborou um simples projeto de nova “Lei de ação civil pública”, o qual foi arquivado.

maiores litigantes” do Brasil. Constatou-se que 79,23 milhões de processos (num universo de aproximadamente de 83,4 milhões),<sup>17</sup> têm em um dos seus polos um desse seletivo grupo de litigantes habituais, destacando-se nesse universo os entes da Administração Pública, direta e indireta, em esferas federal, estadual e municipal (51%), bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). Esses sujeitos seriam candidatos naturais a serem réus em processos coletivos, pois se relacionam necessariamente com pluralidades indetermináveis de indivíduos. Contudo, em vez disso, tornam-se parte de milhões de processos individuais.

#### 4. Reformas do CPC de 1973 (1990 a 2008)

Chega-se, por fim, ao terceiro conjunto de leis que reformaram o CPC de 1973 para efeito de melhor tratar os processos individuais.

Não se pode negar que, entre 1992 e 2008, houve uma série expressiva de leis reformadoras do CPC de 1973 que tornaram mais efetiva a prestação jurisdicional puramente individual.

Contudo, parece evidente que grande parte das reformas tinham a clara finalidade de *acelerar* ou *aglutinar processos individuais repetitivos*, com especial ênfase naqueles já pendentes em grau de recurso, sempre que a decisão judicial estivesse amparada em precedentes judiciais.<sup>18</sup>

No grupo das leis responsáveis por *acelerar* processos repetitivos, estão aquelas<sup>19</sup> que substituíram julgamentos colegiados por decisões monocráticas em 2º grau de jurisdição e nos tribunais superiores (rompendo-se secular tradição do direito luso-brasileiro), bem como a que permitiu a prolação julgamentos de improcedência liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC de 1973, com redação dada pela Lei nº 11.277 de 2006) e, finalmente, a que passou a limitar o cabimento de recursos em causas cujo objeto fosse questão jurídica já pacificada pelo tribunal competente (art. 518, §1º, do CPC de 1973, inserido pela Lei nº 11.276/2006).

Já os mecanismos de *aglutinação* para gestão de recursos repetitivos – também assentados sobre precedentes judiciais – foram criados entre 2007 e 2008,<sup>20</sup> exclusivamente no âmbito dos dois principais tribunais superiores do Brasil, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

17 [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf) (consulta 07.08.2015); [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf) (consulta em 07.08.2015).

18 Não há, nas leis referidas na nota anterior, uma padronização. Ora o sistema se contentava com decisão proferida pelo próprio órgão em casos iguais, ora exigia “jurisprudência dominante” (isto é, um conjunto reiterado de decisões uniformes), ora se exigia a existência de “súmula”.

19 Refiro-me em especial, mas não exclusivamente, às alterações introduzidas pelas Leis Federais nº 8.038 de 1990, 9.756 de 1998, 10.352 de 2001, 11.276 de 2008 e 11.277 de 2008.

20 Refiro-me às alterações que as Leis Federais nº 11.418 de 2007 e 11.672 de 2008 trouxeram para o CPC de 1973 no que as regras dos recursos dirigidos às Cortes de vértice.

Tanto no âmbito do STF (para o recurso extraordinário) quanto no STJ (para o recurso especial, que visa unificar a interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional), criaram-se mecanismos para selecionar um ou mais “casos-piloto” e sobrestar os demais processos repetitivos. Gerado o precedente judicial apto a fixar a tese jurídica para o “caso-piloto”, deve ser ela reproduzida a todos os casos sobrestados.

Ou seja, o sistema processual brasileiro passou a apostar cada vez mais nos precedentes judiciais como fonte de racionalização de processos repetitivos e de promoção de isonomia (isto é, o mesmo papel que se esperava obter por meio da tutela de direitos acidentalmente coletivos).

A questão que se põe a essa altura é: esses mecanismos de aceleração e aglutinação surtiram os efeitos desejados, ao menos em termos de descongestionamento dos tribunais superiores?

Os extensos dados estatísticos atualmente disponíveis apontam indubitavelmente para a resposta negativa.

Alfredo Buzaid, que foi magistrado do STF na década de 1960, se queixava da excessiva carga de trabalho a que aquela Corte se achava submetida à época (cerca de 6.000 processos por ano, distribuídos entre os seus onze membros).<sup>21</sup> Às vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que reduziu substancialmente o rol de competências do STF), essa quantidade havia triplicado (18.674 processos por ano). Em 2007, o número anual de processos que chegaram ao STF atingiu seu ápice histórico (112.938), a demonstrar que não vinham surtindo efeito as reformas processuais calcadas na *aceleração* realizadas entre 1990 e 2006. Apenas a partir de 2008 é que constata queda substancial no número de processos recebidos pelo STF, sendo inevitável relacionar tal redução à técnica de *aglutinação* acolhida a partir de 2007. Contudo, a partir de 2012 o número de processos dirigidos ao STF voltou a subir, sinalizando que essas últimas reformas tiveram efeito meramente paliativo.<sup>22</sup>

Situação similar se verifica no âmbito do segundo mais importante tribunal de vértice do sistema judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Criado pela Constituição Federal de 1988 para absorver parte das competências do STF, o STJ (integrado por 33 magistrados) recebeu 23.368 processos em 1991. Após série ininterrupta de aumentos no número de processos, chegou-se a um recorde histórico (até então) de 347.426 processos recebidos (em 2009), reforçando-se o entendimento de que os meios *aceleratórios* implantados nas reformas de 1990 a 2006 não implicaram diminuição do volume de trabalho daquela Corte. Acresça-se que também no STJ se pode reconhecer, a partir do início da vigência da técnica de *aglutinação*, queda apenas transitória do número de processos (entre 2009 e 2011)

---

21 A crise do Supremo Tribunal Federal. In: *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 121-180.

22 Dados extraídos do portal virtual do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> (consulta em 23.07.2015).

pois, ao final de 2014, já se havia atingido um número de processos superior ao do recorde histórico anteriormente verificado (386.423).<sup>23</sup>

Assim, pode-se dizer que o funcionamento dos dois principais tribunais de vértice no Brasil está há muito completamente inviabilizado, muito distante do que seria recomendável para o adequado desempenho de seus respectivos papéis constitucionais.

Ademais, os números relevam o *fracasso* do modelo de aceleração / aglutinação de processos repetitivos individuais, cujo funcionamento é fundamentalmente baseado em precedentes judiciais.

É possível afirmar que essa realidade não chegou a ser levada em conta quando o atual CPC de 2015 começou a ser gestado (o Senado Federal designou uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto em outubro de 2009, a qual concluiu a elaboração do texto básico que viria a ser convertido no Código em junho de 2010).

A impressão que se tem é que, naquela época, ainda impressionavam os primeiros números que indicavam que as reformas processuais de 2007 e 2008 realmente haviam reduzido o congestionamento dos dois principais tribunais superiores. Àquele tempo não se havia notado que se tratava, apenas, de um pequeno “alívio” transitório, e ainda não havia sido retomado o aumento no número de processos recebidos anualmente por ambos os tribunais.

Foi com base em uma certa “ilusão” de uma situação meramente transitória que se fixaram as balizas principais do CPC de 2015, que foram pouco corrigidas durante os seus mais de cinco anos de tramitação. Esse é, portanto, o cenário para começar a examinar parte das principais alterações estruturais do CPC de 2015 em relação ao CPC de 1973.

## 5. CPC de 2015 e litigiosidade repetitiva

Uma parte expressiva das principais novidades introduzidas pelo CPC brasileiro de 2015 representa o aprofundamento das tendências sinalizadas nas reformas processuais operadas de 1992 em diante: enfraquecimento do processo coletivo (que continua a ser tratado em um microssistema apartado do Código) e aprimoramento / ampliação de técnicas de aceleração / aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais.

De fato, além de consolidar e aprimorar as técnicas de aceleração introduzidas pelas reformas ao CPC de 1973, o CPC de 2015 ampliou os poderes do juiz de 1º grau quando do recebimento da demanda, sempre que ela versar sobre questão já assentada em precedente judicial. Se a pretensão do autor é contrária à tese firmada em determinadas modalidades de

<sup>23</sup> Dados extraídos do portal virtual do STJ: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584> (consulta em 23.07.2015).

precedentes judiciais, o juiz de 1º grau poderá julgá-la improcedente liminarmente (art. 332). Se, por outro lado, a pretensão do autor se alinha a determinadas modalidades de precedente e houver comprovação documental de que sua situação permite a incidência da tese jurídica lá firmada, o juiz pode conceder provimento antecipatório de tutela independentemente de alegação de urgência (art. 311, II).

De outra parte, o CPC de 2015, além de aperfeiçoar os mecanismos de gestão de recursos repetitivos nos tribunais de vértice, estendeu a mesma técnica para os tribunais de 2º grau. Trata-se do chamado “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR), que visa selecionar “causas-piloto” e suspender todos os processos (individuais e coletivos)<sup>24</sup> repetitivos. Fixada a tese, ela há de ser reproduzida de forma “vinculante” por todos os juízes sujeitos hierarquicamente ao respectivo tribunal.

Num balanço crítico, ocorre dizer que o sistema de “tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas” – que passou a ser implementado pelas reformas processuais dos anos 1990-2000 e foi decididamente abraçado pelo CPC de 2015 – apresenta ao menos sete graves problemas em comparação com o sistema de tutela coletiva: (a) lida-se com o efeito (multiplicidade de processos) e não com a causa (litígios de massa originalmente levados ao Poder Judiciário de maneira atomizada, em processos individuais, tal como o médico que combate apenas a febre, em vez de tratar da infecção); (b) o foco desses mecanismos de aglutinação é a solução do problema do Poder Judiciário (e não do conflito de massa, que pode ter sido judicializado apenas por uma ínfima parte dos indivíduos atingidos);<sup>25</sup> (c) compromete-se a representatividade adequada da coletividade a ser atingida pela decisão proferida no “caso-piloto”, no qual há o combate desigual do litigante individual eventual *versus* litigante habitual;<sup>26</sup> (d) o ordenamento não estabelece critérios para escolha dos “casos-piloto”; (e) a decisão proferida no âmbito dos incidentes de aglutinação se aplicam *pro et contra* a pluralidade de sujeitos titulares de direitos individuais homogêneos (contrariando uma escolha que havia sido feita no CDC no tocante à ação coletiva de tutela dos direitos individuais homogêneos e, portanto, instaurando uma evidente contradição no sistema); (f) ao julgar o incidente de aglutinação, o tribunal considerará as circunstâncias fáticas presentes no “caso-piloto” para resolver a questão jurídica de modo que sem uma adequada e profunda fundamentação, haverá uma enorme dificuldade de replicar a decisão nos casos sobrestados; (g) o incidente não elimina

24 Eis aqui mais uma evidência do enfraquecimento do processo coletivo, que passará a ser tratado sem nenhuma distinção em relação a processos individuais para efeito de julgamento de “casos-piloto”. Eis aqui, penso, um retrocesso manifesto.

25 Nessa linha, há que se ponderar o risco de o Poder Judiciário valer-se de mecanismo (consciente ou inconsciente) de autoproteção para julgar contra os interesses da massa indeterminável de indivíduos, de modo a evitar que aqueles que ainda não tiverem proposto suas demandas se animem a fazê-lo à luz de um precedente vinculante favorável.

26 Aliás, sempre se considerou como premissa do sistema de tutela coletiva a provável incapacidade técnica e econômica do cidadão individualmente considerado para defender em juízo direito de caráter transindividual. Esse risco de déficit de representatividade adequada pode não ser suficientemente sanado pela possibilidade de intervenção de pessoas físicas e

o trabalho dos magistrados perante os quais haja processos sobrestados, que deverão aplicar a decisão e expor-se a meios de impugnação quanto a essa operação.

## 6. Conclusão

À vista de tais argumentos, não tenho dúvidas em afirmar que a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais. Até porque os ordenamentos da família da *common law*, a quem se deve a criação de um sistema de precedentes vinculantes, jamais pretendeu utilizá-los como ferramenta de tratamento de litigiosidade repetitiva.<sup>27</sup>

Só o tempo dirá se o tom que permeia este brevíssimo ensaio será de pessimismo ou de realismo.

## Referência bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’. In: *Temas de direito processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 110-124.

\_\_\_\_\_. A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 183-192.

BUZAID, Alfredo. A crise do Supremo Tribunal Federal. In: *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 121-180.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2010*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf). Acesso em: 07.08.2015.

---

jurídicas (especialmente entes de classe como sindicatos e associações) para ampliação do contraditório na formação de uma decisão apta a atingir uma pluralidade indeterminável de sujeitos (esses intervenientes são denominados pelo art. 138 do CPC de 2015 de *amici curiae*). Isso porque os poderes dos *amici curiae* são limitados em comparação aos da parte e sua intervenção (que embora possa ser provocada, no mais das vezes será espontânea) não é obrigatória para validade da decisão a ser proferida.

27 Essa importância advertência foi feita por Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia: “o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e, pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva” (Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil, p.2. Disponível em: [https://www.academia.edu/12103940/Precedentes\\_no\\_CPC-2015\\_por\\_uma\\_compreens%C3%A3o\\_constitucionalmente\\_adequada\\_do\\_seu\\_uso\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil), consulta em 23.07.2015).

\_\_\_\_\_. *100 maiores litigantes*. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em: 07.08.2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coord.). *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

\_\_\_\_\_. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: *O processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.88-121.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. In: CARNELUTTI, Francesco. *Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*. Vol. 1. Milão: Giuffrè, 1951, p. 581-607.

NUNES, Dierle Nunes; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil*. Disponível em: [https://www.academia.edu/12103940/Precedentes\\_no\\_CPC-2015\\_por\\_uma\\_compreens%C3%A3o\\_constitucionalmente\\_adequada\\_do\\_seu\\_uso\\_no\\_Brasil](https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil). Acesso em: 23.07.2015.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006.

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Heitor Vitor Mendonça Sica**

Professor Associado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente em direito processual civil pela Universidade de São Paulo (2016). Vice-diretor de ensino do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Direito Processual.

**RISE AND FALL OF THE CLASSIC  
CONCEPT OF PRIVATE LAW:  
LESSONS FROM THE LEGAL  
CONSCIOUSNESS OF EUROPEAN  
PRIVATE LAW**

---

ASCENSÃO E QUEDA DO CONCEITO CLÁSSICO DE DIREITO PRIVADO:  
LIÇÕES DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA DO DIREITO PRIVADO EUROPEU

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# RISE AND FALL OF THE CLASSIC CONCEPT OF PRIVATE LAW: LESSONS FROM THE LEGAL CONSCIOUSNESS OF EUROPEAN PRIVATE LAW

## ASCENSÃO E QUEDA DO CONCEITO CLÁSSICO DE DIREITO PRIVADO: LIÇÕES DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA DO DIREITO PRIVADO EUROPEU

---

**LUCILA DE ALMEIDA<sup>1</sup>**

University of Helsinki and Robert Schuman for Advanced Studies (European University Institute)

lucila.dealmeida@helsinki.fi; lucila.dealmeida@eui.eu

<http://lattes.cnpq.br/8654680237089163>

<https://orcid.org/0000-0001-9628-2185>

---

**Abstract:** is there such a thing as European private law, a set of rules of EU law distinguished by the binary opposition public and private law? This article aims to shed light on the debate over the rise and the fall of the classic concept of private law and how the legal consciousness of the latter enhanced the legal awareness of European private law. Philosophy and sociology of law claim reasons in the search for answers, from a metaphysical and epistemological points of view. Furthermore, the reality of private law in practice put the ancient concepts in challenge by the phenomena of transnationalization of Law. Globalization, europianization, and the privatization of private Law are factual claims against the persistence of the classic concept of private law. These categories reveal the inconsistencies between the theory of will in books and law in practice, suggesting that pluralism can face the lack of sense of a universal model of private law to all the realities involved in the European Union. The belief that the harmonization (or systematization) of national Civil Codes at the European level would lead to the coherence of private law is one of the bases to a final question about the extent to which the persistence of the classic concept of private law among legal scholarship is still an obstacle to the effectiveness of EU integration through the combination of public and private enforcement.

**Keywords:** private law; pluralism; globalism; integration; transnational law.

**Resumo:** existe algo como um direito privado europeu, um conjunto de regras do direito da União Europeia derivado da oposição binária entre os direitos público e privado? Esse artigo pretende lançar luzes sobre a ascensão e a queda do conceito

---

<sup>1</sup> The author thanks the editorial board for the invitation to publish in the inaugural issue of the Academic Review DESC (Law, economics and contemporary society). I'd like to express my sincere appreciation.'

clássico de direito privado e sobre como a consciência legal deste último reforça a atenção dos juristas em torno de um direito privado europeu. A filosofia e a sociologia do direito reivindicaram razões nessa investigação, a partir de pontos de vista metafísicos e epistemológicos. Além disso, a realidade prática do direito privado desafia os conceitos antigos diante dos fenômenos da transnacionalização do direito. A globalização, europeização e a privatização do direito privado são reivindicações reais contra a persistência de um conceito clássico de direito privado. Essas categorias revelam as inconsistências entre a teoria da vontade na teoria e na prática, sugerindo que o pluralismo pode enfrentar a falta de sentido de um só modelo universal de direito privado para todas as realidades envolvidas na União Europeia. A crença de que a harmonização (ou sistematização) dos códigos civis nacionais a nível europeu conduziria à coerência do direito privado está na base de uma pergunta final sobre o quanto a persistência do conceito clássico de direito privado entre os juristas é ainda um obstáculo à eficácia da integração da UE ainda com base na combinação de regras públicas e privadas.

**Palavras-chave:** direito privado; pluralismo; globalização; integração; direito supranacional.

“Most questions and propositions of the philosopher result from the fact that we do not understand the logic of our language. They are of the same kind as the question whether the Good is more or less identical than the Beautiful”

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*

## Introduction

Is there such a thing as European private law; a set of rules of EU law distinguished by the binary opposition public and private law? And if so, is this conceptual distinction anyhow functional to the way in which lawyers perceive or operate in plural legal systems? Over the years of research in the field of European Union (EU) law, I have continued searching for meaningful answers to these questions.<sup>2</sup> By doing so, I witnessed two opposite reactions to the question of whether European private law is such a thing. On one side are those who think these are the meaningful questions; on the other are those who dismiss them.

Between dismissals and acceptance of the European private law as a thing, there is a learned lesson. The reason for the opposite reactions does not lie in the genuine disagreement of whether the substantive dimension suggested as European private law exist or not; or

---

<sup>2</sup> As Research Associated to the European Regularity Private Law Project financed by the European Research Council Advanced Grant [Project ID: 269722]. See ALMEIDA, Lucila, *Integration through Self-Standing European Private Law* (2017).

whether the dichotomic distinction is a mere theoretical debate without practical effects. The reason, instead, lies in the logic of our language. It lies in the different, and mostly divergent, concepts of private law – what is here distinguished as the classic versus the modern concepts.

This article aims to shed light on the debate over the rise and the fall of the classic concept of private law.<sup>3</sup> It does so through explaining how the awareness of the latter enhanced the legal consciousness of European private law. Provoking a reflection over the rise and fall of the classic concept of private law in Europe is then the mean to better understand how plural legal orders interact and shape individuals' behaviors, and, above all, why it should matter to legal scholarship and legal practice within and beyond the boundaries of the EU. Taking a leaf out of the Wittgenstein's book on the logic of our language, the meaning of a sentence is determined as soon as the meaning of the components of the words is known.<sup>4</sup> The words are then private law.

On the one hand, those who perceive private law through a classic conceptual lens define its subject as a coherent codified body of rules, made by States, and grounded in autonomy-based value (i.e. freedom of contract).<sup>5</sup> The expression European private law is therefore senseless as long as it refers to a body of rules that is not autonomous based-value, is supranational and made by transnational governmental bodies. The persistence of the classic concept of private law has hampered debates over the private law dimension of the European integration project; as well as its interaction with national legal systems of private law, its remedies, and procedures.<sup>6</sup> As a result of legal practice, lawyers are short-sighted to think of the horizontal effect of EU law. In other words, whenever individuals or private legal entities violate EU law (e.g. the use of a certain selling arrangement that discriminates

---

3 The title of this chapter borrows the dichotomy – “Rise and Fall” – as a reference to the remarkable works of private legal scholars who employed the expression to discuss the transformation of Private Law thinking focusing on British and American legal systems. Atiyah in “The Rise and Fall of Freedom of Contract” and Duncan Kennedy in “Rise and Fall of Classic Legal Thought” adopt genealogy to deconstruct the classic theory of private law as the result of the mainstream ideology of the 19<sup>th</sup> century. Kennedy, Duncan. *Rise and Fall of Classical Legal Thought*. Washington, DC: BeardBooks, 2006. Atiyah, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Clarendon Press; Oxford University Press, 2017.

4 Wittgenstein, Ludwig, David Pears, and Brian McGuinness. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Routledge, 1975.

5 There are two formalistic approaches to private law. One claims the private law is a system of rules with neutral-values. These arguments are commonly associated with Will Theorists of the 19<sup>th</sup> century. The other advances a more sophisticated argument. It does not deny the moral ethics of private law, but grounds the moral ethics in deontological autonomy values. Ernest Weinrib develops this argument best. The classic Concept of Private Law as mentioned in this chapter refers to these two formalistic approaches to private law. See Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Revised edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

6 This article is not the first piece of academic work blaming the persistence of Classic Legal Thinking (or Formalism) in Europe as a reason to reject the private dimension of EU Law. See Caruso, 1997, 2013; Kennedy, 1997, 2000. Caruso, Daniela. “The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration.” *European Law Journal* 3, no. 1 (1997); Caruso, Daniela. “The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law.” *American Journal of Comparative Law* 61 (2013): 479–506. See also Kennedy, Duncan. “The Paradox of American Critical Legalism.” *European Law Journal* 3, no. 4 (1997): 359–77. See also the historical approach by Letto-Vanamo, Pia. “Fragmentation and Coherence of Law - a Historical Approach.” In *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, edited by Pia Letto-Vanamo and Jan M. Smits. Sellier European Law Publishers, 2012.

undertakings based on the nationality of the controlling shareholder), harmed individuals could challenge violations before national Civil Courts through private legal remedies such as financial compensations.

Two intellectual developments have long contested the classic concept of private law during the 20<sup>th</sup> century: one based on philosophy of law and committed to challenge formalism; the other bringing a perspective from the sociology of law. Both intellectual developments, underpinned by metaphysical and epistemological reasons respectively, converge into one conclusion: the classic concept of private law is dead; or must be so.

The modern concept of private law, instead, departs from the definition of private law according to its subjects. Private law is defined as any rule applied to the subject of contracts, torts, property, and associations. Regardless of whether the provision is found in a civil code, a Decree-Law issued by a regulator, trade agreements, or a sophisticated transnational legal system like the EU, what defines them as a rule of private law is the commonality of a regulated subject. Therefore, the modern concept rejects the misleading definition of private law as power-conferring rules intended to protect the will of parties only. But it also reveals private law as a set of duty-imposing rules enshrining duties<sup>7</sup> on individuals to make transactions under obligations of non-discriminate, or fair competition, and other legal obligations embedded on a plurality of moral ethics ranging from utilitarian, social, to autonomous-based values.<sup>8</sup>

To understand the relevance of the modern concept of private law to legal practice, EU law does matters. The EU legal system is the epitome of a transnational legal system grounded in a policy-oriented mandate: the creation of an integrated and competitive transnational market. To pursue its mandate, the EU has advanced a set of rules regarding product liability, rights to withdraw, information duties, and other duties and rights governing contracts, property, and liability. These rules make the private law dimension of EU law uncontestable. The legal consciousness of the private law dimension of EU law matters. For instance, a right to withdrawal established at transnational level is only effective if legal practitioners share a certain level of legal consciousness about those rights to enforce them in private disputes.<sup>9</sup> This is the reason for beginning this chapter by quoting Wittgenstein's

7 Klass, Gregory. "Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compound Rule." *New York University Law Review*, 2008, 1726–83; Hart, H. L. A. (Herbert Lionel Adolphus). *The Concept of Law*. Clarendon Press, 1961.

8 Gordley, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series. New York: Oxford University Press, 1991. The three moral ethics approach to consent in private law – led-rights, led-utilitarianism, led-duty – refer to moral autonomy, utilitarian, and social value respectively. Beyleveld, Deryck, and Roger Brownsword. *Consent in the Law*. Hart, 2007.

9 Denis Galligan identified "the Contours of Compliance" as the main conditions to promote social "changes through Law" in Modern Societies. Between them, he listed Legal Consciousness, a Settle Disposition to Comply with Law, and Legal Architecture that allows the dynamic change of the law. Denis, ed. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 332-341.

book “Tractatus Logico-Philosophicus”: “most questions and propositions of the philosopher result from the fact that we do not understand the logic of our language”.

The paper has three parts. The first part (1) introduces the problem of how different concepts of private law have hampered genuine discussions on European private law in the context of the Draft Common Frame of Reference (hereinafter DCFR). It also introduces the first hints of claims developed in the next two subsections on why the classic concept of private law needs to be reviewed. The second part (2) of this chapter borrows a genealogical account from legal historians and philosophers to understand the origins of the classic concept of private. This sets the groundwork for the subsequent map of arguments raised by two different intellectual projects that both end by deconstructing this classic way of thinking: one based on the philosophy of law (2.1), and the other on the sociology of law (2.2). The latter intellectual development is then subdivided in two more subsections to observe the phenomenon of the transformation of private law: one that explains the transformation of private law within and by States (2.2.1), the other that observes the transformation of private law beyond States (2.2.2). The third part (3) then raise a question about the extent to which the persistence of the classic concept of private law among legal scholarship is still an obstacle to the effectiveness of EU integration through the combination of public and private enforcement.

### **1. Breaking paradigms: Draft Common Frame of Reference and the awakening of the European private lawyers**

The beginning of the 21<sup>st</sup> century was also the beginning of a new round of debates among private lawyers in Europe motivated by the Commission’s audacious plan to draft the European civil code. Before it, the last two decades of the 20<sup>th</sup> century were marked by the academic debate about the EU’s bold move from solely negative integration towards the political process of positive integration.<sup>10</sup> Rules on consumer and company law were seen as the most advanced intervention of EU law into private law.<sup>11</sup>

The European codification project in the early 21<sup>st</sup> century set new ground for the debate on European private law. The 2001 Communication of the European Commission launched the first initiatives of what was “the action plan on a more coherent European

---

10 The distinction of *negative integration* and *positive integration* employed along this chapter follows the definition created by Fritz Scharpf in 1999, in which the former refers to the community integration mostly based on the enforcement of rights in the Treaties, and the latter refers to the positive integration through the approval of Secondary Law. Later, Hugh Collins used the same distinction to explain the process of Europeanization of private law. See chapter 2 “Negative and Positive Integration” in Scharpf, Fritz. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford University Press, 1999. Collins employs the same term to discuss European Private Law. See Collins, Hugh. *The European Civil Code: The Way Forward*. Cambridge University Press, 2008.

11 The consumer legal measures at EU level started with the Directive 85/374/EEC on product liability and later moved towards the Directive 93/13/ECC on unfair terms in consumer and Directive 1999/44/EC on consumer sales.

Contract Law”.<sup>12</sup> The Commission’s plans provoked a large academic debate across Europe on the legitimacy of a European code of contract, which would have precluded national civil codes totally or partially.

The project, which started with the establishment of a working group, a so-called network of excellence, reached its highest point in 2008 with the release of the first edition of the DCFR, which was reedited and released in its full in 2009.<sup>13</sup> Ten comprehensive books together with “the Fundamental Principles of European Contract Law” would have formed, as the authors said, a coherent body of “European Contract Law”. Resembling the codification of private law in civil law systems, the DCFR addressed book-by-book, chapter-by-chapter, the core concepts of private law common to all legal systems – such as obligation, contractual liability, and unjust enrichment – which would have normative standards of conduct applicable to any individuals engaged in transactions within the EU’s jurisdiction. Moreover, besides the duties and obligation, the DCFR determined four principles as fundamental *values*: freedom, security, justice, and efficiency.<sup>14</sup>

Despite the fact that approximately 200 academics were behind the draft of the DCFR, the European codification project triggered different reaction among legal scholars in Europe, which instigated the vivid academic debate *pro and contra* the DCFR. By observing the arguments from both sides, one could map the debate in claims and arguments that circle around key conceptual and normative questions: what private law is – the concept of private law – and what private law should be.<sup>15</sup>

The first layer of argument *contra* the DCFR circled around the metaphysical concept

---

12 European Commission Communication, “A more Coherent European Contract Law – An Action Plan”, COM (2003) 68 final, 2003.

13 The Study Group on a European Civil Code and Research Group on the EC Private Law, “Principles, Definition and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference”, the Study Group on a European Civil Code and Research Group on the EC Private Law. Acquis group’ in Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke (eds) (2009).

14 The first version of the DCFR was released in the 2008 edition, in which it enumerated a broad list of principles as principles of Contract law. In the 2009 full edition of the DCFR entitled “Principles, Definition and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference”, the Study Group on a European Civil Code and Research Group reduced the long list of principles to “four fundamental principles”: freedom, security, justice and efficiency.

15 For detailed discussions of competences with respect to private law: Micklitz, Hans W. “Review of Academic Approaches on the European Contract Law Codification Project.” In *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, edited by Mads Tønnesson Andenaes, Silvia Diaz Alabart, Sir Basil Markesinis, Hans-Wolfgang Micklitz, and Nello Pasquino. British Institute of International and Comparative Law, 2007. Weatherill, Stephen. “The European Commission’s Green Paper on European Contract Law.” *Journal of Consumer Policy* 24, no. 3–4 (December 1, 2001). Weatherill, Stephen. “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?” *European Review of Private Law* 12, no. 5 (January 1, 2004): 633–60. Weatherill, Stephen. “Reflections on the EC’s Competence to Develop a European Contract Law.” *European Review of Private Law* 13, no. 3 (January 1, 2005): 405–18. Kenny, M. “The 2003 Action Plan on European Contract Law : Is the Commission Running Wild?” *European Law Review*. 28, no. 4 (March 22, 2007): 538–50; Ziller, Jacques. “The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and Its Member States.” In *The Politics of a European Civil Code*, edited by Martijn Willem Hesselink. Kluwer Law International, 2006. Hesselink, Martijn W. “The Politics of a European Civil Code.” *European Law Journal* 10, no. 6 (November 1, 2004): 675–97. Van Gerven, Walter. “Codifying European Private Law: Top Down and Bottom Up.” In *An Academic Green Paper on European Contract Law*, edited by Stefan Grundmann and Jules Stuyck. London: Kluwer Law International, 2002.

of what private law is. Some legal scholars asserted that the EU wouldn't have had the delegated authority to enact a European civil code or even regulate private law as long as the conferred powers of the Treaty were restricted to improving the conditions of the functioning of the international market. That limited private law to its classic concepts. On the other hand, legal scholars countered this point by holding that the EU's conferred powers are not organized in line with the classic concepts of public and private law. Thomas Wilhelmsson<sup>16</sup> stressed the point that multiculturalism in Europe hampered the development of a coherent European Contract Law. Leone Niglia argued that, though the DCFR embraced pluralistic vocabulary, it perpetuated the hierarchical thinking of universal principles (universalism in pluralistic thinking).<sup>17</sup>

The second layer of arguments *contra* the DCFR challenged the normative approach to private law as a coherent system of norms based on deontological-autonomous virtuous. The DCFR established four principles as fundamental principles of European contract law: contractual freedom, security, justice, and efficiency. One could claim that the four fundamental principles are conflictual by themselves. By stressing the horizontal dimension of pluralism in European private Law, Norbert Reich, and Hans Micklitz questioned the “four main European Contract law principles” of the DCFR by shedding light on the already existing “pluralism of – possibly conflicting – principles in private law and the EU on which the DCFR is based”.<sup>18</sup> In parallel, the Study Group of private legal scholars published a paper entitled “Social Justice and European Contract Law: the Manifesto”.<sup>19</sup> By departing from the assumption that private law has long been instrumentalised by States to accomplish social justice, the article served as a manifesto to reassure the continuity of the social values of private law.

Fifteen years have already passed since the first European Commission's initiative towards the creation of a *grand* codification at the Union level. The cooldown of both political and academic debates on the European Civil Code confirmed the predicted political unfeasibility of the Commission's plan. Moreover, the later withdrawal of the draft proposal

16 Thomas Wilhelmsson, “Varieties of Welfarism in European Contract Law.” *European Law Journal* 10, no. 6 (November 2004): 712–33. Wilhelmsson, Thomas. “Introduction: Harmonization and National Cultures.” In *Private Law and the Many Cultures of Europe*, edited by Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio, and Annika Pohjolainen. Kluwer Law International, 2007.

17 Leone Niglia argues that the DCFR does not reproduce the hierarchical and formalistic thought of 19<sup>th</sup> century, which eliminates from the legal frame anything that is plural. For Niglia, it is a new way in which “formalism has been rearranged to meet the contingent policy demands coming from the European Commission. What matters in this perspective is the morality of the universal values that are presumed to be the best for ruling the plurality of legal orders”. Niglia, Leone. “Pluralism in a New Key: Between Plurality and Normativity.” In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013, p. 250-251. See also Niglia, Leone. “The Question Concerning the Common Frame of Reference.” *European Law Journal* 18, no. 6 (2012).

18 Norbert, Reich. “Monistic Ideology versus Pluralistic Reality: Towards a Normative Design for European Private Law.” In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013. pp. 78-79

19 “Social Justice in European Contract Law: A Manifesto.” *European Law Journal* 10, no. 6 (2004); Hesselink, Martijn Willem. *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law: What Roles for Fairness and Social Justice?* Sellier, 2008.

on a Common European Sales Law by the Commission <sup>20</sup> reinforced the unpalatable taste of the Commission's plan in harmonizing rules of private law through broad packages, which would have invalidated large parts of civil codes.

If, on the one hand, the DCFR failed in being enacted as the first supranational civil code, on the other hand, it was very successful in gathering private legal scholars from all over Europe, unprecedentedly, to discuss what private law is and what private should be at the conceptual and normative levels. It was the awakening of European private lawyers.

Some of the arguments for and against the DCFR project revealed that lawyers do not agree on the concept of private law in Europe or worldwide. One of the reasons is the persistence of the use of classic private law among lawyers, particularly in civil law traditions. Within the traditional frame, the concept of private law has defined itself as a coherent (or uniform), and hierarchical (monistic) system of law based on the virtue of autonomy (or individuals' will). <sup>21</sup> If one applies this concept of private law to understand how the law has governed transactions, they will find evidence for and against to maintain their perception. The traditional definition of private law would depict power-conferring rules which allow individuals to establish obligations between each other: the law created by private parties and enforced between these private parties while doing transactions or joint ventures.

Both civil and common law systems embrace principles of *pacta sunt servanda* whereby *consent* is the foundations of validity: the individuals' will must be observed as the law between parties. However, this concept of private law does not capture the principles and rules that conflict with autonomy-based value. It struggles to explain principles rooted in private law that have existed since Roman Law such as *culpa in contrahendo*, which is found today in both the civil and common law systems; the private law within States. <sup>22</sup> Even those who consider *culpa in contrahendo* as positive duties of information aligned rather than conflicting an autonomy-based theory of private law, <sup>23</sup> get into trouble when explaining why notions of good faith and fair dealing, misrepresentation, and unjust enrichment are chapters of textbooks on contract

---

20 COM(2011) 635 final.

21 The assertion that the classic concept of private law tends to be endorsed by private lawyers in Civil Law system, where Private Law is systematized in Civil Codes, it does not mean there are no legal scholars in common law system advocating for the traditional concept of private law. In fact, Professor Ernest Weinrib, who is the most preeminent *defender* of Formalism in Private Law nowadays, has a common law as a reference to defend his idea of an "Immanent Rationality of Law". Weinrib, Ernest J. "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law." *Yale Law Journal* 97, no. 6 (1988).

22 The concept of *culpa in contrahendo* could go back in time to the seminal article written by Rudolf von Jhering in 1861, entitled "Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen". Rudolf von Jhering advanced the thesis that private parties in private relationships have the duty of acting in good faith and, if so, sellers have the obligation to inform (information duty) certain conditions features of good or service to buyers during negotiations, which has long been recognized as principles of Private Law in German Private Law and beyond. Frederich Kessler and Edith Fine published in 1964 the comparative studies on how the notion of good faith and fair dealing in the American legal system have served many of the doctrinal functions of *culpa in contrahendo*. Kessler, Friedrich, and Edith Fine. "Culpa in Contraendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study." *Harvard Law Review* 77, no. 3 (1964): 401–49.

23 Dagan (2005).

law. Besides all the inconsistencies between the classic theory of private law and private law within States, it gets even worse when rules dealing with preliminary negotiation, default, and information duties are enacted by supranational bodies, which overlap with national systems of private law and sometimes have conflicting values.

Considering the EU Legal System is *per se plural* and *functional*, those who read those through the classic concept of private law tend to deny the existence of European Private Law. However, if interlocutors who reject European private law are the same scholars who agree with the proposition that *culpa in contrahendo* is a private law doctrine, what could be their answer when the Product Liability Unfair Term Directives is under scrutiny? Though EU Law, both have rules imposing information duties and withdrawal rights. If the classic concept of private law solely captures one part of a whole body of rules commonly described as private law, why are lawyers and (some) legal scholars still replicating and reproducing a Theory of Private Law is a coherent system of rules based on autonomy-based value or neutrality?<sup>24</sup>

There are two reasons for the persistence of the classical theory of private law in lawyers mind, particularly those in civil law systems. It starts with the way in which legal education programs have been systematized. To accommodate the debate on the public and private law divide raised by Welfare States,<sup>25</sup> legal subjects were allocated in rigid boxes: one for national public law, another for national private law; one for international public law, another for international private law.

Moreover, program content of national private law was and is still divided according to civil codes: civil, obligations, property rights, tort, family, or succession. Within this frame, disciplines like labor law, competition law, and sectorial regulation are treated either as public law or disciplines in the peripheries of private law.<sup>26</sup>

Yet the public and private law divide of legal education is not the only cause for path-dependence on the classic theory of private law, but merely a facilitator. The nexus of causality lies in the persistence of the classic concept of private law in legal scholarship, which spills

---

24 Hans-W. Micklitz described his own experience as a private lawyer engaged in conversations and academic debates about “Autonomy”, where people use the same term but have a different concept in their minds. He does call it (un) consciousness lost in translation. Micklitz, Hans-Wolfgang. “On the Intellectual History of Freedom of Contracts and Regulation.” *Penn State Journal of Law & International Affairs* 4, no. 1 (December 2015).

25 Micklitz, Hans-W. “Rethinking the Public/Private Divide.” In *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, edited by Miguel Maduro, Kaarlo Tuori, and Suvi Sankari. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Reich, Norbert. “The Public/Private Divide in European Law.” In *European Private Law after the Common Frame of Reference*, edited by Hans W. Micklitz and Fabrizio Cafaggi. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2010.

26 Kaarlo Tuori’s contribution to the 1<sup>st</sup> Annual ERPL Conference describes the public and private law division as a systematization that no longer represents Law in modern societies. Tuori continues arguing that terms like hybridity, commonly associated with transitional legal systems, is sometimes used to cover “conceptual confusions” about what law is and what is not law. See Tuori, Kaarlo. “On Legal Hybrids.” In *A Self-Sufficient European Private Law: A Viable Concept?* edited by Hans W. Micklitz and Yane Svetiev. EUI Working Paper 2012/31, ERC-ERPL 01/2012. Florence: European University Institute, 2012.

over into legal practice. Teaching private law categorically as means to autonomy-based value or neutrality inhibits lawyers from thinking about private law through a broader lens. It presents private law as an apolitical or neutral body of law when in fact the whole substance of private law reflects political choices and moral values. This is the truth that explains rules protecting individuals will written in testaments, rules determining contractual capacity above or below a certain age, which by the way were denied to women just a few decades ago,<sup>27</sup> and rules avoiding slayers to profit from wrongdoing.<sup>28</sup>

In opposition to the classic concept of private law, an acute awareness of the incompatibility between private law in books and private law in practice has pushed the agenda on the modernization (or transformation) of private law thinking. Scholars claim there is a need to reconnect the theory of private law with what private law is within and beyond States. Rather than having a concept of private law define the feature of its rules (i.e. systematic and coherent) or restrain its ends to one value or no value, the modern concept of private law has two dimensions. It embraces the concept that first identifies the *subject* of private law, and further provides conceptual tools to *validate* the law regulating the subject, rules and values.

Andrew Burrows provides us with a very precise and succinct account of the subject of private law.<sup>29</sup>

“The law of Property defines the boundaries of our rightful possessions, while the law of torts seeks to make us whole against violations of those boundaries, as well as against violations of the natural boundaries of our physical person. Contract law ratifies and enforces our joint ventures beyond these boundaries”

If the private law is dynamic, the concept of private law firstly refers to its subject (i.e. contract, property, tort, and association), rather than the feature of its rules. Secondly, private law, as any other law, has to pass through a validity test based on social rules of recognition. Gregory Klass define rules of contract law as the combination of two pictures.<sup>30</sup> He refers to private law as a combination of power-conferring rules and duty-imposing rules.

A similar approach to private law can be found in Dyerck Beyleveld and Roger Brownsword in the ethics of consent.<sup>31</sup> While power-conferring rules provide individuals

27 See Currie, Brained. “Women’s Contracts: A Case Study in Conflict of Law Method.” *The University of Chicago Law Review* 25, no. 2 (Winter 1958).

28 See *Mutual Life Insurance v. Armstrong*, the landmark case establishing the Slavery Doctrine in the American legal system.

29 Burrows, Andrews. “Contract, Tort and Restitutions. A Satisfactory Division or Not?” *LQR* 99 (1983). Also, Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996.

30 Gregory Klass (2008).

31 Deryck Beyleveld and Roger Brownsword map the Ethics of Consent though identifying three approaches to consent: A Utilitarian approach, a Right-led Approach, and a Duty-led Approach. Instead of describing private law from one of the ethics of consent, they rely on the moral theory of Alan Gewirth to explain how private law deals with the plurality of ethical

with the power to establish law between parties through the manifestation of consent, duty-imposing rules limit individuals' autonomy in light of moral and social values. The same rule of recognition that validates legal norms enshrining rights and duties and govern behavior, also validates a plurality of ethical perspectives. If so, the rule of recognition that validated rules restraining the contractual capacity of women in the 1950s is the same rule of recognition that validates equal rights for women in the 21<sup>st</sup> century. The rule of recognition did not change in half a century. What change was the duty-imposing rules and values in legal systems.

Private law is composed of *dynamic* rules that reflect the *values* of a society over time. Therefore, the theory of private law that conjures a classic sense is misleading because it, *at best*, refers to a theory of private law in conformity with liberal States in the 19<sup>th</sup> century or, *at worst*, refers to a normative theory of private law developed with descriptive term with the aim of avoiding distribution of wealth within society. At best or at worst, the classic concept of private law became obsolete throughout the time. In contrast, if the concept of private law refers to its subject, it allows an observer to see the dynamic of how law governs private relationships regardless the values of the society at a certain moment in time. One will see that private law was and is still functional and dynamic. (Private) Law is meant to ends and, along with history, these ends have oscillated between values: autonomy (moral) values, social values, and utilitarianism values.<sup>32</sup>

Since the early 1990s, legal scholars on both sides of the Atlantic have advocated for the deconstruction of classic private law thinking. Legal scholars in both the US and Europe, though disagreements about the causes that justify the detachment of laws in book and law in action (the two intellectual developments), favored private law reexamination (one conclusion). They both deconstruct the deontological-autonomous virtuous as the normative basis of private law.

In the 1980s the same discussion went beyond State borders and reached transnational legal systems. Different from prior studies, which assessed private law within States, European and International lawyers started to observe the emergence of private law beyond States. Being the most advanced transitional body of law with a policy mandate of having integrated markets, the European integration project spilled over into private law.

European private lawyers have long observed the expansion of the European integration project upon private since the late 1970s.<sup>33</sup> European Private Law thus means

---

perspectives. Deryck Beyleveld and Roger Brownsword op. cit., pp. 32-38.

32 Patterson, Dennis M. "Reviewed Work: The Idea of Private Law by Ernest J. Weinrib." *Modern Law Review* 58, no. 6 (1995): 916-17.

33 Among several private law scholars that dedicated their work to understand the process of Europeanization of Private Law, special attention must be given to the *Acquis Group*, which was established to analyze the existing *acquis communautaire*. They were those who raised their voices to argue that EU legal order had interfered in contract law through the body of rules in EU

the gradual enactment of imposing-duties rules governing contract, tort, and property, and joint venture, which then overlap with national private law in contract law, tort law, property law, and company law. When the EU legal system steps into private law, legal scholars have described the intersection with national legal system as not a single path. European private law could provoke different reactions in national legal systems: divergence or convergence, resistance, or intrusion.<sup>34</sup>

As has been said, theoretical propositions about the transformation of private law thinking are not exclusive to European legal scholarship. Yet the EU legal system represents the epitome of transnational law, and, therefore, the foundations of European private law and its interaction with national private law in Member States is more complex than any other private law beyond State. These are the reasons why the next subsections are divided into two parts: one on the deconstruct of the classic private law thinking within States, the other on the rise of the modern concept of private law beyond States.

## **2. Deconstructing the Classic Concept within and beyond States: Two Intellectual Developments, One Conclusion**

The classic concept of private law does not belong to any ancient theory of law or private law. On contrary, it was brought with a 19<sup>th</sup> century codification project of national civil codes and, since it, has persisted as the mainstream way of thinking about private law within national legal systems.<sup>35</sup> The classic concept of private law derives from a well-succeed intellectual movement that intentionally defined private law as a system of rules based on the virtuous of autonomy (i.e. as a means to protect the parties will) as the normative framework of a coherent, hierarchical and monistic system is and must be challenged in legal scholarship and legal practice.

Despite the establishment of the classic concept of private law as a mainstream thinking, there have always been legal scholars criticizing the metaphysical and epistemological foundations of classic private law. In order to understand the critical thinking of those who argue in favor of the modernization of classic private law, the birth of classic private law need

---

primary and secondary law and Court decision. This article has benefited immensely from the proposition on the substantive and institutional aspects of European Private Law that were formulated for their member. See Gerhard Dannemann, *Consolidating EC Contract Law: An Introduction to the Work of the Acquis Group*, in Acquis Group, *Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusions of Contracts, Unfair Terms*. See also Christian Twigg-Flesner, *The Europeanization of Contract Law*, 2008. Twigg-Flesner, Christian. *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*. Routledge-Cavendish, 2007.

34 The categories of *conflicting and resistance, convergence, intrusion and substitution*, are categories developed by Hans W-Micklitz within the framework of the ERPL Project. See Micklitz, Hans-W. “The Visible Hand of European Regulatory Private Law—The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation.” *Yearbook of European Law* 28, no. 1 (2009): 3–59. See also Micklitz, Hans-W. editor, Yane Svetiev, and Guido Comparato. *European Regulatory Private Law: The Paradigms Tested*. European University Institute, 2012.

35 Kennedy, Duncan. “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form.’” *Columbia Law Review* 100, no. 94 (2000): 94–175.

to be clarified. In this regard, James Gordley is notable for tracing the origins of the legal doctrine of private law. Gordley uses his findings to underpin metaphysical and normative reasons as to why there is a need for the modernization of private law thinking.

Before the establishment of classic private law thinking in the 19<sup>th</sup> century, the philosophical school of scholasticism in the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries were recognized for their efforts in building a coherent system of doctrines and principles of Roman law. However, as James Gordley stresses, scholastics preserved key inherent concepts from Aristotle's theory of ethics such as *just price* and *equitable contract terms* in the system they built.<sup>36</sup> There was no attempt to related private law with deontological-autonomous virtuous.

In contrast to Scholastics, jurists in 19<sup>th</sup> century started to construct a legal discourse criticizing the existence of a normative system where rules and principles could conflict. Back then, the legal discourse begun to converge to the idea that conflicting principles and rules would cause legal uncertainty. The solution was then to develop a theory of private law in which the will – as the expression of individual's autonomy – was the cornerstone of a coherent, hierarchical and monistic private law system.<sup>37</sup>

The consequence was the binary division between private and public law as two separate coherent systems: private Law would be based on autonomy and corrective justice, while public law would be based on the moral and social values of distributive justice. The systematization of national private law in codes was referred to as the concrete manifestation of this paradigm, which was reinforced by the movement of national Constitutions.<sup>38</sup> Rules of private law rooted in the Aristotelian tradition of commutative justice – such as just price and equitable contract terms – were no longer explained by the theory of private law of the 19<sup>th</sup> century, despite being concepts with meaning in the philosophical synthesis of late scholastics.<sup>39</sup>

To understand why classic private law thinking was so well received in the 19<sup>th</sup> century, James Gordley builds an analogy between the proposition of the Will Theory and how the theoretical construction was attractive to both prominent philosophies present in 19<sup>th</sup>

---

36 Here we are talking about the late scholastic or Spanish natural law school were the first to give Roman Law a theory and systematic doctrinal structure. Their leaders were Domingo Soto (1494-1560), Luis de Molina (1535-1600) and Leonard Lessius (1554-1623). Their work deeply influenced the 17<sup>th</sup> century founders of the northern natural law school Hugo Grotius (1583-1645) and Samuel Pufendorf (1632-1694). see James Gordley, op. cit., 1991.

37 About the break that emerged in the 19<sup>th</sup> century by the will theorists, see James Gordley (1991); Kennedy (2006). See also the historical account of David Ibbetson, where he writes about the Modern Theory of Contracts, the rise of the Will Theory and its declined with the implementations of Legal Regulations and Contractual Fairness. Ibbetson, David. *A Historical Introduction to the Law of Obligations*. Oxford University Press, 2001.

38 See Micklitz (2014); Reich (2010).

39 James Gordley distinguished the jurists – Will Theorists – from philosophers who were utilitarian like Bentham or rights based as Kant and Hegel. While the former had a philosophical meaning of will, the jurists adopted the simplistic idea of what will means and impressed it into service. Gordley, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006.

century: the utilitarianism of Jeremy Bentham; and rights based theories of Immanuel Kant and Friedrich Hegel.<sup>40</sup> In utilitarianism, if the task of law is to ensure that people's preferences are satisfied to the greatest extent possible, the Will Theory is attractive for protecting and enforcing parties' preferences; individuals' choices. For rights-based philosophers, if law is obligatory because it is rooted in human freedom and autonomy, the will theory in private law provides the status of a right to individuals' expression of freedom. Classic private law thought flourished in legal discourse with this philosophical meaning of will.

The Will Theory separated law into two different boxes: private v. public law, corrective v. distributive justice, apolitical v. political, neutral v. values. The supremacy of the will of the parties – captured by the expression's autonomy-based value and freedom of contract – serves as justification for private law thought rooted in an individualistic and philosophical conception of autonomy.

To explain the difference between scholars who still uphold the classic private law thinking in the 21<sup>st</sup> century and those who argue in favor the modernization of private law, Hugh Collins illustrates the separation of the public and private systems of law as semi-detached houses: one representing private law, the other public law. For classic private law thinking, the structural relation between private and public law resembles semi-detached houses that are inhabited entirely separately. Each legal system develops its own autonomous integrity and coherence and there is no interconnection.<sup>41</sup>

There have been two intellectual movements that uphold the deconstruction of classic private law thinking.<sup>42</sup> While one intellectual development dismisses the doctrinal and legal theoretical foundation of classic private law by revealing its unrealistic grounds and social construction project, the other perceives classic private law as a theory suitable for the liberal State, yet that it needs to be adapted to the continuous transformations of the State in modern and postmodern societies.

### *2.1 Adjusting Theory to Realism by Philosophers of Law*

The first intellectual development arguing for the modernization of private law *thinking* arose among legal philosophers who refused both the epistemological and the metaphysical foundations of classic, 19<sup>th</sup> century private law theory. For them, classic private law thinking - intentionally or non-intentionally - distorts reality because it bases its metaphysical

---

40 James Grodley (2006).

41 The two characterizations of the two intellectual developments were borrowed by Hugo Collins. Collins, Hugh. "The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe." *European Business Law Review* 22, no. 4 (2011): 425–35.

42 Hugo Collins uses the analogy of the two semi-detached houses to draw the distinction between two theories of private law. Collins, Hugh. "On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law." In *Constitutionalization of European Private Law*, edited by Hans-W. Micklitz, First edition. The Collected Courses of the Academy of European Law, volume XXII/2. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

proposition of private law on arguments that goes far from features of what private law is in practice. Put simply, the first intellectual development sees classic private legal thinking as a patient that has become ill with a condition of cognitive distortions. This is the reason why they do not claim to be in favor of the transformation of private law, but rather they favor the transformation of classic private law thought.

There are two schools of legal thought that undermine the foundation of the classic theory of private Law: legal realism, and critical legal studies. For legal realists, describing private law as an autonomous system based on the supremacy of the will of the parties is founded on an erroneous formalistic approach to law. If legal theories must represent the metaphysical views of the world, an empiricist proves that there have always been propositions of law solving substantive legal issues that are based on opposite rhetorical modes: individualism and altruism.<sup>43</sup> As it stands, the claim that private law is not in the service of any external moral obligation is metaphysically and epistemologically debatable. This is the core point of departure for those who claim there is a disconnect between the “law in books with law in action”.<sup>44</sup>

Critical legal scholars, who moved beyond the realists by applying genealogical methods to the study of classic private law theory, argue that the legal doctrine of an autonomous values was a normative theory of private law built to support the contingent distribution of wealth in the 19<sup>th</sup> century.<sup>45</sup> What was a normative will theory, which might have been well suited to the political conjuncture of the 19<sup>th</sup> century, has been twisted into descriptive rhetoric about the foundation of private law perpetuating the contingent distribution of wealth of the 19<sup>th</sup> century over subsequent years.<sup>46</sup>

## 2.2. *Adjusting Theory to the Transformation of the State by Sociologist of Law*

Rather than rejecting the foundations of classic private law thinking as a theoretical construction, the second intellectual development perceived it as a legal doctrine conforming the purposes of liberal States in the 19<sup>th</sup> century and the codification movement in Continental Europe.<sup>47</sup> However, it became obsolete over time with the transformation of States. The

43 Kennedy, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication.” *Harvard Law Review* 89, no. 8 (June 1976): 1685–1778.

44 The distinction between “Law in book and Law in practice” is commonly associated with Oliver Wendell Holmes’ Legal Empiricism. About the influence of Holmes in the Realism movement see Twining, William. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Second edition. Cambridge University Press, 2014. Holmes, Oliver Wendell. “The Path of Law.” *Harvard Law Review* 10 (1897): 457.

45 Kennedy, Duncan. “Toward and Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940.” *Research in Law and Sociology* 3 (1980): 3–24.

46 Kennedy, Duncan. “From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form.’” *Columbia Law Review* 100, no. 94 (2000): 94–175. Kennedy, Duncan. “Formalism.” In *International Encyclopedia of the Social Behaviour Science*, Vol. 13. Amsterdam: Elsevier, 2001.

47 Wieacker, Franz. *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*. Oxford : New York: Clarendon

challenge of those who argue in favor of the modernization of private law is to reconcile private law thinking with modern and postmodern societies.<sup>48</sup> To do so, the modernization of private law could be described from the observation of the transformation of the State from two dimensions, which is expressed in the metaphor of the *inner* and the *outer face* of the State firstly coined by Phillip Bobbitt.<sup>49</sup>

### 2.2.1. *The inner face of States: Towards Welfare and Regulatory States*

If the classic theory of private law represented a metaphysical account of law in liberal States, it could no longer represent private law in welfare States in the early 20<sup>th</sup> century,<sup>50</sup> nor could it represent private law in Regulatory<sup>51</sup> or Market States.<sup>52</sup> Whereas Will Theorists have persisted in articulating private law as a coherent, monistic system grounded in autonomy (in its individualistic and philosophical conception), private law has changed through legislation and adjudication to accommodate the values of modern and postmodern societies.<sup>53</sup>

In this account, the classic thinking started to be undermined with the rise of the welfare State in the early 20<sup>th</sup> century. In Europe, the pressure of social movements over States led to legislative reforms to protect weaker parties exposed to contractual relationships with an imbalance of bargaining power. Back then; Franz Wieacker classified these new rules restricting freedom as implications of social solidarity.<sup>54</sup> Labor and Consumer law created

---

Press; Oxford University Press, 1995.

48 Franz Wieacker (1995).

49 This work borrows from Phillip Bobbitt the terms “*Inner and Outer face of States*”. Nevertheless, it does so with a slight difference in meaning, in particular when it concerns the outer face of States. In relation to the inner face of States, Bobbitt uses the term to depict the way in which States regulate their own nation through State laws. To what concerns the outer face, Bobbitt describes how States have a strategic relationship with other States. In this article, the outer face of States represents the relationship that States pursue with other States and also private and public organizations that does not fall into the institutional category of Sovereign State. As it stands, the definition of the Outer and Inner faces of States applied in this work is more aligned with the description employed by Dennis Patterson and Ari Afilalo. See Bobbitt, Philip. *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*. First edition. Knopf, 2002. Patterson, Dennis M. (Dennis Michael), and Ari Afilalo. *The New Global Trading Order: The Evolving State and the Future of Trade*. Cambridge University Press, 2008.

50 Franz. Wieacker (1995).

51 Majone, Giandomenico. “The Rise of the Regulatory State in Europe.” *West European Politics* 17, no. 3 (July 1, 1994): 77–101.

52 For Hans Micklitz, Market State is “With a view of regulatory integration, the main features of the EU Market State are the following: the shift from private into public - the State outsources its regulatory functions; the shift from law and regulation to regulation and outsourcing privatization, such as may be observed in the areas of utilities, transportation and health care. The bottom line: sovereignty loses its Nation State force and preserving market conditions for the maximization of economic opportunity”. Footnote 21, Micklitz in Lioni 2013.

53 Caruso, Daniela. “Contract Law and Distribution in the Age of Welfare Reform Symposium: AALS Section on Contracts: New Frontiers in Private Ordering.” *Arizona Law Review* 49 (2007): 665–94.

54 The claim of private legal scholars in middle 20<sup>th</sup> century for the modernization of private law thinking could not be better represented than the words written by Franz Wieacker in 1952. “When the exercise of its classical institutions does involve the use of economic or social power, the question of the role and the status of private law in the social state under the role of law arise starkly. Here too the Basic Law in Western Germany irrefragably guarantees rights of ownership and inheritance, and also, according to the prevalent and correct interpretation of its second and tenth article, freedom of contract: consistently with traditional individual rights, these are the freedom of individual choices. At the same time the social function of contract, economic rights, land ownership, capital the means of production, and economic association in our present system is undeniable: unlike the entrepreneurial economy the social economy sees them as a means of ensuring the distribution of sources, the creation of assets, and the maintenance of the necessities of life are affected in a just manner. When social considerations of this

rules affecting transactions and liability.

If one takes the transformation of States hand-in-hand with the dynamic change of law, private law presented itself as a dynamic instrument.<sup>55</sup> In 1936, the French government approved the Accords of Matignon after the May-June general strike. It restrained the prior autonomy of employees and employers to freely negotiate weekly working hours and wages. By the time the German government had already passed a cartel ordinance, during the inflation crisis of 1923. This act reinforced State authority to restrict the autonomy of parties when the terms and conditions of contracts resulted in inflating surplus revenue to the detriment of consumers.<sup>56</sup> Decades later, the House of Lords confirmed the punitive damages awarded by the jury in the famous 1964 case *Rookes v Bernardes*, and tort law became a regulatory instrument to dissuade outrageous behavior, which is far from its corrective justice purposes in classical private law terms.<sup>57</sup>

With the decline of welfare States and the emergence of Regulatory States, the system of private law took another turn in the late 20<sup>th</sup> century. Trust in market mechanisms pushed wide reform to open markets for competition. Public operations in heavy industries and public utilities were privatized and exposed to hybrid rules. Both regulation and competition impact private law creating duty-imposing rules to govern human behavior and, at the best, to pursue utilitarian values. In electricity markets, States have conferred rights for competitors to access transmission and distribution systems as means to increase competition and reduce marginal costs. There are cases in which States regulated price caps in wholesale markets (e.g. Ramsey pricing).<sup>58</sup> Rights to access networks and obligations to respect price caps could be mandatory rules applied to transmission/distribution service contracts and supply agreements respectively. Both regulations are also justified through utilitarian values.

Despite undeniable changes of law and social changes through law in the last century, the classic concept of private law persists. This is thanks to the rhetorical discourse of Will Theorist in the 20<sup>th</sup> century. To defend the “Purity” of private law, Will Theorists have argued that labor law and consumer law were not private law, but rather rules marginalized

---

order are taken into account in way the law is applied, private rights arising from contracts (exchange, use, employment, and insurance), tort or liability insurance appear in a new light. They may still represent areas of freedom (notably guaranteed by the fundamental rights) but such freedom is now limited not only by the freedom of other individuals but also by the implications of social solidarity for the relationship between individuals”. Franz. Wieacker (1995), p. 486.

55 Micklitz, Hans-W. “Social Justice and Access Justice in Private Law.” *EUI Working Paper* LAW 2011/02 (2011).

56 Example cited by Wieacker when arguing about the “disintegration of private law” and social law. Franz Wieacker (1995), p. 433.

57 Weir, Tony. *An Introduction to Tort Law*. Second Edition. Clarendon Law Series. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006, p. 219-220.

58 Ramsey Pricing are temporary mandatory rules imposed to every transaction of electricity wholesale throughout a certain period of time, when high demand picks increases excessively revenues of producers for natural accidents or some sort of market failure. Cap prices are regulatory mechanism imposed by States on market actors. Differently from traditional protective measures of consumer law, these rules aim is to protect demand-side.

as hybrid law. The same argument was extended to justify the exclusion of market regulation rules from the branch of private law to a sort of economic/administrative law.

When the Will Theorist marginalized this set of rules based on social values from what they perceive as the “pure private law”, it provoked not only the rupture between private law in books and law in action, but it also provoked a negative impact upon the latter. The impact upon legal practice happens where there is a lack of legal consciousness among individuals about their rights and duties and how to privately enforce them. If regulation enshrines duties of contracts applied to two persons making transactions, the non-compliance with duty-imposing could hold complaints based on private remedies (e.g. breach of contract). The lack of legal consciousness, therefore, diminishes the effectiveness of the legal systems.

### *2.2.2. The outer face of States: Globalization, Europeanization, and Europeanization of Private Law*

If explaining the transformation of States together with the transformation of private law is a way to deconstruct the classic concept within States, this exercise is harder when the objective is deconstructing the classic thought of law beyond States.

There is one reason why international lawyers are even more resistant to the modern theories of private law. While the classic concept within States restrains private law thinking to conferring-power rules, there are no conferring-power rules beyond national legal systems ensuring the enforcement of individuals’ will. There are agreements between States committed to the mutual recognition of conferring-power rules given by States to individuals. These are the grounds of International private law. If so, international public lawyers are inclined to deny that supranational imposing-duties rules governing transactions, property or torts are hybrid rules with characteristics of public and private law at the transnational level.

International private law corresponds to a set of rules determining the applicable law and competent jurisdiction to solve conflicts in cross-border transactions. Therefore, as Horatia Murr-Watt asserts,<sup>59</sup> international private law has little to say about the reconfiguration of sovereign authority<sup>60</sup> and the rise of transnational functional regimes.

By functional regimes, Horatia Murr-Watt means the growth of duty-imposing rules at transitional level governing commercial contracts, (intellectual) property rights, and the liability of multinational corporations which is neither captured in the classic concept of private law, nor international private law. Therefore, there is a tendency of public International

59 Muir-Watt, Horatia. “Private International Law beyond the Schism.” *Transnational Legal Theory* 2 (2011).

60 Hans Lindahl starts his new book on “Legal Authority and Globalization of Inclusion and Exclusion” by contextualizing the conflict between Monsanto and Indian farmers regarding the enforcement of patent rights against Indian farmers. However, the understanding of the phenomenon from the Private Law perspective is not his focus. Private Law plays an important role to explain the reaction of Indian farmers against the charge of royalties. Hans Lindahl, “Authority and Globalization of Inclusion and Exclusion”, Cambridge University Press, 2018.

lawyers to combine duty-imposing rules applied to States to remove tariffs for trade together with imposing-duties rules prohibiting individuals from using seeds with patents in foreign jurisdictions. The issue here is that International public law can explain the public enforcement of WTO rules obliging States to remove tariffs for trade, but it cannot explain the second phenomenon properly. It lacks tools to explain the impact of TRIPs upon private law, as well as how Monsanto conducted the private enforcement of patent rights against farmers in Indian National Courts before recognition of the patent by India.<sup>61</sup>

Unfortunately, the persistence of the classic concept of private law is then reproduced in the studies of law beyond States; in transitional and international law. The theory of private law as a coherent, hierarchical, monistic system of law based on autonomy based-values is the product of the vertical modulation of law into a black-box model.<sup>62</sup> The black-box model is the metaphor first used by William Twining to represent the misrepresentation of the phenomenon of law in general and, most importantly, to represent the transnational law. Law is still taught through the binary of national and international private law, and public and private law. Therefore, if national lawyers are still narrowing down private law as conferring-power rules at the national level because of the classic concept of private law, imposing-duties rules of private law beyond States are left drifting along lifeless. Neither International private law, nor the classic concept of private law is useful to explain globalization.

Globalization refers to the increasing cross-border movement of goods, services, capital, and citizens which affect both traditional fields of international law. For International Public Law, States are still holding authority to either rule their nations or delegate that authority to supranational bodies, on the other hand States no longer have the capacity to regulate actions and events that transcend territorial jurisdictions of sovereign States<sup>63</sup> International law represented by the black-box model is bound to fail in postmodern society, where law needs to be *dynamic* as much as technology changes.

Being Law a social phenomenon, globalization demands transnational rules to govern

---

61 Bobbitt named as Opaque Sovereignty. See Bobbitt, Philip. *Terror and Consent: The Wars for the Twenty-First Century*. First American edition. A.A. Knopf, 2008. See also MacCormick, Neil. *Questioning Sovereignty*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

62 The metaphor of the black-box model was firstly coined by William Twining and later used by Tuori. Twining, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

63 The increase of global trade has concomitantly reduced the *regulatory capacity* of the Sovereign States in the production of the transnational normativity. On the one hand, some scholars refer to this phenomenon as the vanishing of the Sovereign State. On the other hand, others hold the idea that the State is crossing a transformation process, instead of disappearing. To mention some of the latter, Dennis Patterson and Ari Afilalo (2008), Philip Bobbitt (2002). Sassen, Saskia. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*. Princeton University Press, 2008. Stven Steimo, *The Evolution of Modern States: Sweeden, Japan, and United States*. New York: Cambridge University Press (2010). Also J Sgard, E Brousseau and Y Schemeil, 'Sovereignty without Borders: On Individual Rights, the Delegation to Rule and Globalization' Working Paper, Sciences-po, CERI, 2010.

global movement of goods, services and people.<sup>64</sup> Transnational law emerged then, and have become a field of research that has attracted massive attention from scholars. Scholars who were rooted in the traditional fields of law – constitutional law, administrative law, private law – have made efforts to understand the phenomenon of transnational law, but they did so sometimes transposing classic concepts of their disciplines to the transnational level.<sup>65</sup> As a result, some studies on the attempt to understand transnational law fail for transposing to the global arena the black-box model; the classic divisions of public and private law. Transnational law, therefore, has exposed even more the fragile foundations of the classic concept of private law. Globalization has led to a disorder of orders<sup>66</sup> and somebody inside the *black-box* cannot discern the lack of conformity between theories of law and law in action in this global era.

In an effort to systematize private legal scholarship that challenged classic private law by looking at the various manifestations of private law beyond the state, Ralph Michaels and Nils Jansen<sup>67</sup> grouped private law under *three* headings according to the subject of their research: Europeanization of private law, globalization of private law, and privatization of private law.<sup>68</sup> Considering the first session already introduced the Europeanization of private law, lets us focus in the other two categories.

The globalization of private law imagines private law made by supra-governmental bodies.<sup>69</sup> It refers to imposing-duty rules governing contract law, property rights, and tort law

---

64 Phillip Jessup coined the term transnational law in 1956. “The problems to be examined are in large part those which are usually called international, and to be examined consists of the rule applicable to be to these problems. But the term “international” is misleading since it suggests that one is concerned only with the relations of one nation (or state) to the other nation (state). (...) I shall use, instead of using the term ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard category”. Jessup, Phillip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

65 Legal scholars have intensively engaged in researchers whose subjects are new modes of law making, judicial and non-judicial adjudication emerging at the global level by asking how those novels could affect the traditional concept of law in itself. Among those scholars, four trends of research can be roughly identified by the similarities of their analytical arguments. Constitutionalism as Krisch, Nico. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford Constitutional Theory. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010. Fragmentation of law as Koskenniemi, Martti. “Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education.” *European Jo*, 2007. Global administrative law as Kingsbury, Benedict, Nico Krisch, and Richard B. Stewart. “The Emergence of Global Administrative Law.” *Law and Contemporary Problems* 68, no. 3 (2005): 15–62. Legal pluralism as Teubner, Gunther. “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society.” In *Global Law without a State*, edited by Gunther Teubner. Studies in Modern Law and Policy. Aldershot ; Brookfield, USA: Dartmouth, 1997. Benda-Beckmann, Franz von. “Who’s Afraid of Legal Pluralism?” *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, December 2, 2013. Berman, Paul Schiff. “Global Legal Pluralism.” *Southern California Review* 80 (2007): 1155. Calliess, Galf-Peter, and Peer Zumbansen. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Hart Monographs in Transnational and International Law, v. 5. Oxford: Hart, 2010.

66 Neil Walker. “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders.” *International Journal of Constitutional Law* 6, no. 3–4 (July 1, 2008): 373–96.

67 Michaels, Ralf. “Globalization and Law: Law Beyond the State.” In *Law and Social Theory*, edited by Reza Banakar and Max Travers, Second edition. Hart Publishing, 2013.

68 The three headings of legal scholarship studying the emergence of private law beyond the State, which are identified by Ralf Michaels and Nils Jansen, either aim to empirically prove the existence of private law beyond State or propose a theory of the about how this law affect our understanding of law. Michaels and Jansen (2013),

69 Michaels and Jansen (2013), p. 864-868

of States made by the WTO when adjudicating trade disputes.<sup>70</sup> It also defines private law derived from arbitral awards as a source of *lex mercatoria*,<sup>71</sup> whose validity and normativity is derivative of the New York Convention.<sup>72</sup> Though not a novel phenomenon, Globalization of private law serves as a counter-example to the classic concept of private law as conferring-power rules made by States. Contract law doctrines based on arbitral awards reinforce the evidence of *lex mercatoria* as a set of duty-imposing rules.

Ralf Michaels and Nils Jansen also identify another category of private law beyond States that calls classic private law into question: the phenomenon of the privatization of private law. Nowadays, a large body of empirical research underpins descriptive analyses of functional regimes made and sometimes adjudicated by private bodies like NGOs, private associations, and private corporations. Different from supranational governmental organizations, the normativity of the rules of these private regimes (or systems) is not grounded in the *social contract* as means to confer power (i.e. the *social contract* confers power to States that in turn confer power to supranational governmental bodies).

By contrast, the validation of private regimes is grounded in consent. National and supranational governmental bodies have no or have a minor role in making or adjudicating the rules. When internet users wish to register a domain name, they give their consent to be governed by the ICANN's approved terms and conditions. When a person uses a digital platform to offer or purchase goods, a click in the check box is the manifestation of consent, which makes the terms and conditions of digital platforms binding to private contractual relationships. Privatization of private law does not mean that rules don't or cannot pursue social values. This author recently received a notice about changes in standard-form contracts from Airbnb. The terms and condition were amended to include obligations of non-discrimination. Moreover, privatization of private law also does not infer the emergence of *autonomous systems* (i.e. systems independent of national and international systems of law, which is different from *autonomous value*). Anna Becker shows us how German and English Courts have turned Corporate Social Responsibility (CSR) standards into binding rules of law by recognizing their normative strength with regard to third parties.<sup>73</sup> The International

---

70 Micklitz, Hans-W. "The Internal vs. the External Dimension of European Private Law – a Conceptual Design and a Research Agenda." *EUI Working Papers LAW* 2015/35 (2015).

71 *Lex Mercatoria*, which is a transnational body of substantive rules created by practices of commerce and applied by International Arbitration. See Peer Zumbansen, *Transnational Law, Evolving* (2011), and Claire Cutler, *Private Power and Public Authority: Transnational Merchant Law* (2003).

72 The Recognition of Foreign Arbitral Awards by New York Convention confers powers to Arbitral Courts the make rules of private law by adjudicating commercial disputes. Donald B. King, *Does an Unknown Exist? Impact of Commercial and Consumer Law* (2003).

73 Beckers, Anna. *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes : On Global Self-Regulation and National Private Law*. Hart Publishing, 2015.

Safe Harbor Privacy Principles reinforces Dennis Patterson and Ari Afilalo's proposition that functional systems are not *autonomous* systems, but rather systems that work under the *acquiescence* of sovereign States.<sup>74</sup>

Like *lex digitale*<sup>75</sup> or *CSR*, there are several other functional regimes that illustrate the Privatization of private law at local, national or transnational levels. *Lex Sportiva*<sup>76</sup> is another example of a body of law at the transnational level. Intrigued by the evolving power of these functional systems, legal and political scholars have questioned to what extent someone's consent to opt-out or opt-in to these functional regimes can still be considered voluntary consent. They emphasized the fact that functional regimes work like gatekeepers. To access facilities and associations that are either part of our daily habits or conditional on access certain markets, consent is the key. Facebook's terms and conditions are not individually negotiated and users' express consent only by opting-in or opting-out. Soccer teams have to consent to FIFA's terms and conditions to access UEFA Championing Leagues. The power of these functional systems justifies what Gunther Teubner called Transnational Private Constitutional Orders aligned with traditional legal systems: national and international legal systems.<sup>77</sup>

Globalization and the privatization of private law are factual claims against the persistence of the classic concept of private law. These categories reveal the inconsistencies between the theory of will in books and law in practice. However, besides the theoretical misrepresentations, the classic concept also has a negative impact on law in practice.

When scholars observe the privatization of private law, the private law dimension is self-evident. NGOs, standard bodies, or digital platforms are organizations whose legal constitution relies on corporate and contract law. Normative theories such as Transnational Private Constitutional Orders or Global Administrative Law attempt to construct legal discourses imposing sort of (universal) social values to those systems of law, which have a widely recognized private dimension. On the other hand, the globalization of private law, which came into being through International Organizations, has delegation authority and a policy mandate set out by States and through States, which means that the private dimension is often obfuscated by the public law dimension. The reason why is (again) the misrepresentation of private law through the Will Theory. If the classic concept is put aside, the legal consciousness of the private dimension of International Treaties, either regulating

---

74 Patterson and Afilalo (2008).

75 Dirk, Lehmkuhl. "The Resolution of Domain Names v S Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State and Related Problems." *Zeitschrift Für Rechtssoziologie* 23, no. 1 (2002): 61–78.

76 Duval, Antoine. "Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law." *European Law Journal* 19, no. 6 (November 1, 2013): 822–42.

77 Teubner, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, 2012.

intellectual property rights or Trade, will be enhanced in the legal community. The outcome would be a better understanding of how plural legal systems interact,<sup>78</sup> as well as an increase in legal consciousness and a more effectiveness International legal system. Even taking into account the *genuine* normative concerns of scholars against private enforcement,<sup>79</sup> none can deny that the European constitutionalism was the result of the infant legal consciousness of the private dimension of EU Law.

### 3. Are we all pluralists? Legal Consciousness, Private Enforcement, and Effectiveness

On one hand some private legal scholars have agreed with the empirical-analytical claim that *we are all living in legal pluralism*; therefore, the classic concept of private law is died, or must die. Yet sometimes their normative proposals to better regulate private law relation in plural legal orders go in opposite directions. Here we have arrived precisely at the point in time that this chapter began: the DCFR and the battle between the legal pluralist and the monists.

On the one side of the spectrum, legal scholars argue that pluralism and functionalism in private law is an inescapable consequence of postmodern society, as well as the transformation of the classic concept of private law. Hence, legal pluralism is not a phenomenon exclusive to private law in Europe, but to law in general.<sup>80</sup> The increase in the complexity of voluntary and involuntary transaction, driven mostly by technology and globalization, walks hand-in-hand with the increase in complexity of how to regulate these transactions,<sup>81</sup> which is done through rules of private law. Therefore, having general principles of private law that can be applied indiscriminately to all transactions is no longer suitable in postmodern era, as it was perceived to have been by the codification projects of Roman law projects in the 19<sup>th</sup> century.<sup>82</sup> For them, the “plan of a more coherent EU Contract law” is unfeasible in an *unsystematic* law. On the same side of the spectrum, there are also private lawyers who have advocated that

78 Berman (2006), Zumbansen and Calliess (2010).

79 When scholars reject the private law dimension of International Law and EU Law, but at the same endorse the proposition that they are “hybrid” legal systems, this article is not categorically inferring they are all deluded by the classic concept of Private Law. Some scholars have a normative claim that justifies their dismissive position towards private law. Some of them argue that the Sovereignty of States must be conserved, others for the coherence of International Law (or non-fragmentations). By increasing legal consciousness of the private law dimension of International Treaties, more individuals would feel entitled to rights created by International and Supranational authorities.

80 Theory and concept of legal pluralism have long spurred discussion in legal theory, legal sociology and legal anthropology. See James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995. Tamanaha, Brian Z. “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism.” *Journal of Law and Society* 27, no. 2 (2000): 296–321. Tamanaha, Brian Z. “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.” *Sidney Law Review* 30, no. 3 (September 2007). Tamanaha, Brian Z., Caroline Mary Sage, and Michael J. V. Woolcock. *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*. Cambridge University Press, 2012.

81 Twining (2010).

82 Micklitz, Hans-W. “The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture.” In *Towards a European Legal Culture*, edited by Geneviève Helleringer and Kai Purnhagen. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck

pluralism in private law in Europe is not only unavoidable, but is desirable<sup>83</sup>. Regardless of the justification for legal pluralism in private law, if it is unavoidable or desirable, pluralist legal scholars have vehemently rejected any attempt to systematize European Private into what could be perceived as the harmonization of European Private Law into a transnational Civil Code.

On the other side of the spectrum, there are private legal scholars who disagree with this normative pluralist approach. The vicarious opponent of any effort of European harmonization in private law has been Pierre Legrand.<sup>84</sup> Some of the drafters of the DCFR were also scholars' discontent with Pluralism, who saw in the European Codification Project as a way out of pluralism and a way back to monism.

Thinking that private law in postmodern society is *per se* or should be functional and plural goes against the development of the DCFR in 2008/2009 and later the CFR in 2011 under the auspices of the Redding Commission, as well as the CESL. The major mistake of all the European Codification Projects in the 2000s has been the reliance on the belief that the harmonization (or systematization) of national Civil Codes at the European level would lead to the coherence of private law. Their mistake was looking at European Private law with the same lens that classic private lawyers looked at Roman law in 19<sup>th</sup> century. The DCFR then could be seen as an attempt to reproduce the same project as civil law codification in the 19<sup>th</sup> century, which could have been suitable for non-complex societies ruled by Liberal States in 19<sup>th</sup> century.

The European Codification Project was a political fiasco, as was discussed at the beginning of this chapter, and the DCFR is now relegated to scientific fiction section in bookstores. Regardless of the belief that codification might have recreated a monistic legal system, the failure of the DCFR project leads us to the conclusion that indeed *we are all living in legal pluralism* and will continue to do so.<sup>85</sup> As things stand, what is the role of European private legal scholarship in the postmodern era, when private law is unequivocally plural? To answer this question, I found inspiration in Ralf Michaels' assertion about theories

---

and Hart Publishing, 2014.

83 Benda-Beckmann, Franz von. "Who's Afraid of Legal Pluralism?" *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, December 2, 2013. Michaels, Ralf. "Why We Have No Theory of European Private Law Pluralism." In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013.

84 Arguably, the most vociferous opponent of greater European Harmonization efforts is Pierre Legrand. Legrand, Pierre. "Antivonbar." *Journal of Comparative Law* 1, no. 1 (2005).

85 It is undisputable that the Euro-crisis and *Gauweiler case* revived the discussion about whether the EU legal system could still be conceived as a Constitutional plural order. Some scholars have argued that the decision of CJEU on the OMT's policy represents a new stage of constitutionalism of the EU towards a fully monist order. However, this article is in agreement with scholars who see it as foregone conclusion. CJEU's judgement in favour of the legality of the OMT emission was referred by the German Constitutional Court, which is still holding powers to review CJEU decisions in strict circumstances (*ultra-virus* review, human rights review, and identify review). If indeed the German Constitutional Court decided to follow the CJEU in such controversial case, it could be seen as a treat to the European Plural Constitutional, but any conclusion is no more than speculations. C-62-14. *Gauweiler case*. See Christiaan Timmermans, *The Magic World of Constitutional Pluralism*.

on globalization. “Paradigm shifts happen neither in reality nor in ideology but in your ways of understanding the world”.<sup>86</sup>

Even though the EU did not bring to life the supranational civil code, it left behind its legacy, which was the academic debate triggered by the draft proposal. The DCRF gathered private legal scholars from different Member-States and legal cultures to discuss Law, Civil Codes, and the concept of private law. Discussions and academic production about the DCFR and the private dimension of the European Integration project is the *true* legacy of EU. It is a large amount of material that serves as evidence to contest the validity of the classic concept of private law embedded in national legal systems in Europe and abroad. This legacy needs to shift from European Legal Scholarship to national legal Scholarships within Member States and civil law countries beyond the EU.

Within States, there is a need to increase of legal consciousness of European private law. There are national Courts endorsing the direct horizontal effects of EU law, which is combined with the EU initiative of creating procedural out-of-court mechanisms to solve private disputes. However, private enforcement will remain underdeveloped if market actors do not share awareness of the existence of their rights.

The current work of European private lawyers will create a legacy for the already ongoing debate about the emergence of private law beyond the State. Different from the worldwide literature on Privatization and Globalization of Private Law, European private law emerges in a transnational legal system as a legal system beyond State, but with policy mandate. Rather than trying to stifle conflict through an imposition of Universalist harmonizing schemes (e.g. supranational constitutions or codes), EU institutions have been innovative in seeking a wide variety of procedural mechanisms and practices for managing hybridity without eliminating it.<sup>87</sup> In an era where more and more transnational legal systems emerge with policy-driven competence to build free and common markets, the EU experience will serve as blue print. These new Integration Projects replicate European negative integration and, sometimes, even positive integration (e.g. TTIP and TTP).<sup>88</sup> If one agrees that the European Integration Project will unavoidably spill over into private law, lessons from European Private Law on how to understand these modes of transnationalization of private law are worthwhile.<sup>89</sup>

---

86 Michaels, Ralf. “Globalization and Law: Law Beyond the State.” In *Law and Social Theory*, edited by Reza Banakar and Max Travers, Second edition. Hart Publishing, 2013.

87 Berman, Paul Schiff. “Global Legal Pluralism.” *Southern California Review* 80 (2007): 1155.

88 Regional Trade Agreements – like TTP (Trans-Pacific Partnership) and TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) – have raised concerns among international legal scholars with regard to the insertion of principles that have long been part of the EU legal order such as the principles of direct effect and supremacy of the supranational legal order. Since these discussions have long been in the core of the academic debate in Europe, there is a lot to learn from the old continent.

89 See the infant project of Hans-W. Micklitz (2015).

## References

ATIYAH, P. S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Clarendon Press; Oxford University Press, 2017.

ALMEIDA, Lucila, *Integration through Self-Standing European Private Law: Insights from the Internal Point of View to Harmonization in Energy Market*, European University Institute, PhD Thesis, 2017.

BECKERS, Anna. *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law*. Hart Publishing, 2015.

BENDA-BECKMANN, Franz von. “Who’s Afraid of Legal Pluralism?” *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, December 2, 2013.

BERMAN, Paul Schiff. “Global Legal Pluralism.” *Southern California Review* 80 (2007): 1155.

BEYLEVELD, Deryck; Roger Brownsword. *Consent in the Law*. Hart, 2007.

\_\_\_\_\_. *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History*. First edition. Knopf, 2002.

BOBBITT, Philip. *Terror and Consent: The Wars for the Twenty-First Century*. First American edition. A.A. Knopf, 2008.

BURROWS, Andrews. “Contract, Tort and Restitutions. A Satisfactory Division or Not?” *LQR* 99 (1983).

CALLIESS, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Hart Monographs in Transnational and International Law, v. 5. Oxford: Hart, 2010.

CARUSO, Daniela. “Contract Law and Distribution in the Age of Welfare Reform Symposium: AALS Section on Contracts: New Frontiers in Private Ordering.” *Arizona Law Review* 49 (2007): 665–94.

\_\_\_\_\_. “The Baby and the Bath Water: The American Critique of European Contract Law.” *American Journal of Comparative Law* 61 (2013): 479–506.

\_\_\_\_\_. “The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration.” *European Law Journal* 3, no. 1 (1997);

COLLINS, Hugh. “On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law.” In *Constitutionalization of European Private Law*, edited by Hans-W. Micklitz, First edition.

The Collected Courses of the Academy of European Law, volume XXII/2. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. “*The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe.*” *European Business Law Review* 22, no. 4 (2011): 425–35.

\_\_\_\_\_. *The European Civil Code: The Way Forward*. Cambridge University Press, 2008.

CURRIE, Brainerd. “*Women’s Contracts: A Case Study in Conflict of Law Method.*” *The University of Chicago Law Review* 25, no. 2 (Winter 1958).

CUTLER, A. (2003). *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy* (Cambridge Studies in International Relations). Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

DANNEMANN, Gerhard. *Consolidating EC Contract Law: An Introduction to the Work of the Acquis Group*, in Acquis Group, *Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusions of Contracts, Unfair Terms*.

Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees

Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products

Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

DIRK, Lehmkuhl. “*The Resolution of Domain Names v S Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State and Related Problems.*” *Zeitschrift Für Rechtssoziologie* 23, no. 1 (2002): 61–78.

DUVAL, Antoine. “*Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law.*” *European Law Journal* 19, no. 6 (November 1, 2013): 822–42.

EUROPEAN COMMISSION COMMUNICATION, “*A more Coherent European Contract Law – An Action Plan*”, COM (2003) 68 final, 2003.

GALLIGAN, Denis, *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GORDLEY, James. *Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006.

GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series. New York: Oxford University Press, 1991.

HART, Herbert L.A.. *The Concept of Law*. Clarendon Press, 1961.

HESSELINK, Martijn W. “*The Politics of a European Civil Code.*” *European Law Journal* 10, no. 6 (November 1, 2004): 675–97.

HESSELINK, Martijn Willem. *CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law: What Roles for Fairness and Social Justice?* Sellier, 2008.

HOLMES, Oliver Wendell. “*The Path of Law.*” *Harvard Law Review* 10 (1897): 457.

IBBETSON, David. *A Historical Introduction to the Law of Obligations.* Oxford University Press, 2001.

JESSUP, Phillip. *Transnational Law.* New Haven: Yale University Press, 1956.

KENNEDY, Duncan. “*Form and Substance in Private Law Adjudication.*” *Harvard Law Review* 89, no. 8 (June 1976): 1685–1778.

\_\_\_\_\_. “*Formalism.*” In *International Encyclopedia of the Social Behaviour Science*, Vol. 13. Amsterdam: Elsevier, 2001.

\_\_\_\_\_. “*From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller’s ‘Consideration and Form.’*” *Columbia Law Review* 100, no. 94 (2000): 94–175.

\_\_\_\_\_. “*The Paradox of American Critical Legalism.*” *European Law Journal* 3, no. 4 (1997): 359–77.

\_\_\_\_\_. “*Toward and Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940.*” *Research in Law and Sociology* 3 (1980): 3–24.

\_\_\_\_\_. *Rise and Fall of Classical Legal Thought.* Washington, DC: BeardBooks, 2006.

KENNY, M. “*The 2003 Action Plan on European Contract Law: Is the Commission Running Wild?*” *European Law Review*. 28, no. 4 (March 22, 2007): 538–50;

KESSLER, Friedrich; Fine, Edith. “*Culpa in Contraendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study.*” *Harvard Law Review* 77, no. 3 (1964): 401–49.

KING, Donald B. *Does an Unknown World Government Exist - Impact of Commercial and Consumer Law*, 22 *Penn St. Int’l L. Rev.* 73 (2003).

KINGSBURY, Benedict, Nico Krisch, and Richard B. Stewart. “*The Emergence of Global Administrative Law.*” *Law and Contemporary Problems* 68, no. 3 (2005): 15–62.

KLASS, Gregory. “*Three Pictures of Contract: Duty, Power, and Compound Rule.*” *New York University Law Review*, 2008, 1726–83;

- KOSKENNIEMI, Martti. “*Constitutionalism, Managerialism and the Ethos of Legal Education.*” *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, 1
- KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law.* Oxford Constitutional Theory. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010.
- LEGRAND, Pierre. “*Antivonbar.*” *Journal of Comparative Law* 1, no. 1 (2005).
- LETTO-VANAMO, Pia. “*Fragmentation and Coherence of Law - a Historical Approach.*” In *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, edited by Pia Letto-Vanamo and Jan M. Smits. Sellier European Law Publishers, 2012.
- LINDAHL, Hans. “*Authority and Globalization of Inclusion and Exclusion*”, Cambridge University Press, 2018.
- MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty.* Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MAJONE, Giandomenico. “*The Rise of the Regulatory State in Europe.*” *West European Politics* 17, no. 3 (July 1, 1994): 77–101.
- MICHAELS, Ralf. “*Globalization and Law: Law Beyond the State.*” In *Law and Social Theory*, edited by Reza Banakar and Max Travers, Second edition. Hart Publishing, 2013.
- \_\_\_\_\_. “*Globalization and Law: Law Beyond the State.*” In *Law and Social Theory*, edited by Reza Banakar and Max Travers, Second edition. Hart Publishing, 2013.
- \_\_\_\_\_. “*Why We Have No Theory of European Private Law Pluralism.*” In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013.
- MICKLITZ, Hans W. “*Review of Academic Approaches on the European Contract Law Codification Project.*” In *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, edited by Mads Tønnesson Andenaes, Silvia Diaz Alabart, Sir Basil Markesinis, Hans-Wolfgang Micklitz, and Nello Pasquino. British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- \_\_\_\_\_. “*Monistic Ideology versus Pluralistic Reality: Towards a Normative Design for European Private Law.*” In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013. pp. 78-79
- \_\_\_\_\_. “*On the Intellectual History of Freedom of Contracts and Regulation.*” *Penn State Journal of Law & International Affairs* 4, no. 1 (December 2015).
- \_\_\_\_\_. “*Rethinking the Public/Private Divide.*” In *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, edited by Miguel Maduro, Kaarlo Tuori, and Suvi Sankari. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

\_\_\_\_\_. “*Social Justice and Access Justice in Private Law.*” EUI Working Paper LAW 2011/02 (2011).

\_\_\_\_\_. “*The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture.*” In *Towards a European Legal Culture*, edited by Geneviève Helleringer and Kai Purnhagen. Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, Verlag C.H. Beck and Hart Publishing, 2014.

\_\_\_\_\_. “*The Internal vs. the External Dimension of European Private Law – a Conceptual Design and a Research Agenda.*” EUI Working Papers LAW 2015/35 (2015).

\_\_\_\_\_. “*The Visible Hand of European Regulatory Private Law—The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation.*” *Yearbook of European Law* 28, no. 1 (2009): 3–59.

MICKLITZ, Hans-W. editor; SVETIEV, Yane; COMPARATO, Guido. *European Regulatory Private Law: The Paradigms Tested.* European University Institute, 2012.

MUIR-WATT, Horatia. “*Private International Law beyond the Schism.*” *Transnational Legal Theory* 2 (2011).

NIGLIA, Leone. “*Pluralism in a New Key: Between Plurality and Normativity.*” In *Pluralism and European Private Law*, edited by Leone Niglia. Oxford: Hart, 2013, p. 250-251.

NIGLIA, Leone. “*The Question Concerning the Common Frame of Reference.*” *European Law Journal* 18, no. 6 (2012).

PATTERSON, Dennis M. (Dennis Michael), and Afilalo, Ari. *The New Global Trading Order: The Evolving State and the Future of Trade.* Cambridge University Press, 2008.

PATTERSON, Dennis M. “*Reviewed Work: The Idea of Private Law by Ernest J. Weinrib.*” *Modern Law Review* 58, no. 6 (1995): 916–17.

REICH, Norbert. “*The Public/Private Divide in European Law.*” In *European Private Law after the Common Frame of Reference*, edited by Hans W. Micklitz and Fabrizio Cafaggi. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2010.

SASSEN, Saskia. *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages.* Princeton University Press, 2008.

SCHARPF, Fritz. *Governing in Europe: Effective and Democratic?* Oxford University Press, 1999.

SGARD, J.; BROUSSEAU, E.; SCHEMEIL, Y. ‘*Sovereignty without Borders: On Individual Rights, the Delegation to Rule and Globalization*’ Working Paper, Sciences-po, CERI, 2010.

STEIMO, Stven. *The Evolution of Modern States: Sweden, Japan, and United States*. New York: Cambridge University Press (2010).

STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW. “*Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*.” *European Law Journal* 10, no. 6 (2004);

TAMANAH, Brian Z. “*A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*.” *Journal of Law and Society* 27, no. 2 (2000): 296–321.

TAMANAH, Brian Z. “*Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*.” *Sidney Law Review* 30, no. 3 (September 2007).

TAMANAH, Brian Z.; SAGE, Caroline Mary; WOOLCOCK, Michael J. V. *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*. Cambridge University Press, 2012.

TEUBNER, Gunther. “*Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*.” In *Global Law without a State*, edited by Gunther Teubner. *Studies in Modern Law and Policy*. Aldershot; Brookfield, USA: Dartmouth, 1997.

\_\_\_\_\_. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, 2012.

THE STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON THE EC PRIVATE LAW. “*Principles, Definition and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*”, the Study Group on a European Civil Code and Research Group on the EC Private Law. *Acquis group’* in Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke (eds) (2009).

TIMMERMANS, Christiaan. *The Magic World of Constitutional Pluralism*. de Búrca Gráinne and Weiler J.H.H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012.

TULLY, James. *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, 1995.

TUORI, Kaarlo. “*On Legal Hybrids*.” In *A Self-Sufficient European Private Law: A Viable Concept?* edited by Hans W. Micklitz and Yane Svetiev. *EUI Working Paper 2012/31, ERC-ERPL 01/2012*. Florence: European University Institute, 2012.

TWIGG-FLESNER, Christian. *The Europeanisation of Contract Law: Current Controversies in Law*. Routledge-Cavendish, 2007.

TWINING, William. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. Second edition. Cambridge University Press, 2014.

VAN GERVEN, Walter. “Codifying European Private Law: Top Down and Bottom Up.” In *An Academic Green Paper on European Contract Law*, edited by Stefan Grundmann and Jules Stuyck. London: Kluwer Law International, 2002.

WALKER, Neil. “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders.” *International Journal of Constitutional Law* 6, no. 3–4 (July 1, 2008): 373–96.

WEATHERILL, Stephen. “Reflections on the EC’s Competence to Develop a European Contract Law.” *European Review of Private Law* 13, no. 3 (January 1, 2005): 405–18.

\_\_\_\_\_. “The European Commission’s Green Paper on European Contract Law.” *Journal of Consumer Policy* 24, no. 3–4 (December 1, 2001).

\_\_\_\_\_. “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?” *European Review of Private Law* 12, no. 5 (January 1, 2004): 633–60.

WEINRIB, Ernest J. “Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law.” *Yale Law Journal* 97, no. 6 (1988).

\_\_\_\_\_. *The Idea of Private Law*. Revised edition. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

WEIR, Tony. *An Introduction to Tort Law*. Second Edition. Clarendon Law Series. Oxford, New York: Oxford University Press, 2006, p. 219-220.

WIEACKER, Franz. *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*. Oxford: New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1995.

WILHELMSSON, Thomas. “Introduction: Harmonization and National Cultures.” In *Private Law and the Many Cultures of Europe*, edited by Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio, and Annika Pohjolainen. Kluwer Law International, 2007.

WILHELMSSON, Thomas. “Varieties of Welfarism in European Contract Law.” *European Law Journal* 10, no. 6 (November 2004): 712–33.

WITTGENSTEIN, Ludwig; Pears, David; McGuinness, Brian. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Routledge, 1975.

ZILLER, Jacques. “The Legitimacy of the Codification of Contract Law in View of the Allocation of Competences between the European Union and Its Member States.” In *The Politics of a European Civil Code*, edited by Martijn Willem Hesselink. Kluwer Law International, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, 1996.

ZUMBANSEN, Peer, “*Transnational Law, Evolving*”, Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper No. 27/2011.

## **SOBRE A AUTORA:**

### **Dr. Lucila de Almeida**

Lecturer and postdoctoral researcher at the University of Helsinki, and Research Associate at the Robert Schumann Centre for Advanced Studies in the European University Institute. She holds a Ph.D. in Law from the European University Institute, Academic Master in Law and Development from “Direito GV”, and LL.B. from the Universidade Federal do Rio Grande do Norte. This paper is the revised version of chapter 2 of her Ph.D. Thesis entitled “Integration through a Self-standing European Private Law: Insights from the Internal Point of View to the Harmonization in the Energy market”, entirely financed by the European Research Council within the research project on European Regulatory Private.

# CHE COSA NON È DECIDIBILE

## Cinque regioni del *coto vedado*

---

WHAT IS NOT DECIDABLE

Five regions of the *coto vedado*

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# CHE COSA NON È DECIDIBILE

## Cinque regioni del *coto vedado*

WHAT IS NOT DECIDABLE  
Five regions of the *coto vedado*

---

**MICHELANGELO BOVERO**

Università degli Studi di Torino  
Conselho Editorial DESC  
orcid.org/0000-0002-4590-0526  
michelangelo.bovero@unito.it

---

**Riassunto:** in questo articolo, l’A. richiama l’attenzione sul concetto di «sfera dell’indecidibile» coniato da Luigi Ferrajoli, ponendolo a confronto con la nozione di «coto vedado» di Ernesto Garzón Valdés e con l’analoga idea di «territorio» o «frontiera» inviolabile elaborata da Norberto Bobbio: le tre nozioni indicano l’insieme di principi e regole costituzionali che nessun potere politico può violare negli stati democratici di diritto, al centro del quale si trovano i diritti individuali fondamentali. L’A. propone un’interpretazione estensiva della teoria della democrazia di Bobbio capace di offrire una soluzione più avanzata al problema dei limiti del potere politico democratico. Invita a riconoscere nelle «regole del gioco» indicate da Bobbio le condizioni (in senso logico) della democrazia, articolate in due serie: cinque condizioni formali, contenute nelle regole di competenza e di procedura che riguardano il «chi» e il «come» delle decisioni collettive; e cinque condizioni sostanziali, contenute nei principi normativi impliciti nella «sesta regola» dell’elenco di Bobbio, che prescrivono limiti e vincoli al «che cosa», ossia alla sostanza delle medesime decisioni. Tali condizioni sostanziali corrispondono a quelle che l’A. chiama le «cinque regioni del coto vedado». L’A. torna in conclusione sulla concezione di Ferrajoli, in cui riconosce un miglioramento teorico rispetto alle elaborazioni esplicite sia di Bobbio sia di Garzón Valdés; ma sostiene che la teoria delle condizioni e precondizioni della democrazia ricavata per interpretazione estensiva dalla costruzione teorica di Bobbio offre un miglior fondamento razionale alla costruzione della «sfera dell’indecidibile».

**Parole-chiavi:** democrazia, sfera dell’indecidibile, coto vedado

**Abstract:** in this article, the author highlights the concept of the “sphere of the undecidable” coined by Luigi Ferrajoli, comparing it to the notion of “coto vedado” by Ernesto Garzón Valdés and with the similar idea of inviolable “territory” or “frontier” elaborated by Norberto Bobbio: the three notions indicate the set of

principles and constitutional rules that no political power can violate in democratic states, at the center of which individual fundamental rights are found. The author proposes an extensive interpretation of Bobbio's theory of democracy capable of offering a more advanced solution to the problem of the limits of democratic political power. The author invites to recognize in the "game rules" indicated by Bobbio the conditions (in a logical sense) of democracy, divided into two series: five formal conditions, contained in competence and procedure rules concerning "who" and "how" of collective decisions; and five substantive conditions, contained in the normative principles implicit in the "sixth rule" of Bobbio's list, which prescribe limits and constraints to "what", the substance of the same decisions. These substantial conditions correspond to those that the author calls the "five regions of the coto vedado". In conclusion, the author returns on the concept of Ferrajoli, in which he recognizes a theoretical improvement over the explicit elaborations of both Bobbio and Garzón Valdés; but he maintains that the theory of the conditions and preconditions of democracy obtained through extensive interpretation from Bobbio's theoretical construction offers a better rational foundation for the construction of the "sphere of the undecidable".

**Keywords:** democracy, sphere of the undecidable, coto vedado

1. Da molto tempo, tra gli studiosi di teoria giuridica e politica, e non solo tra quelli di madre-lingua spagnola, è divenuto usuale ricorrere all'espressione castigliana *coto vedado*. Com'è noto, si tratta di una grande invenzione – o meglio, re-invenzione – linguistica di Ernesto Garzón Valdés.<sup>1</sup> Con tale formula si indica un insieme di principi e/o regole basilari, di rango costituzionale, che nessun potere politico costituito negli stati democratici di diritto, neppure quello della maggioranza, può violare. Al centro del *coto vedado* si trovano i diritti individuali fondamentali.

Nell'opera di Norberto Bobbio compare un'espressione simile, con un significato analogo: «territorio» o «frontiera» inviolabile, che costituisce un limite invalicabile all'applicazione del principio di maggioranza.<sup>2</sup> Conviene citare per intero un passo della *Teoria generale della politica* di Bobbio:

1 Così la presenta lo stesso Garzón Valdés in un denso scritto autobiografico, intitolato Para ir terminando e compreso in M. Atienza, *El derecho como argumentación*, Fontamara, México D.F., 2003: «Hace ya muchos años que vengo insistiendo en la necesidad conceptual de incluir en todo diseño democrático-representativo lo que suelo llamar "coto vedado", expresión tomada del título de una obra de Juan Goytisolo, compañero de mis años madrileños a comienzo de los cincuenta del siglo pasado. Al recurrir a esta expresión me pareció que no sólo introducía una referencia literaria en el vocabulario jurídico-político sino que, además, me servía adecuadamente para denotar un campo en el que debía estar prohibido el ingreso de la política» (p. 43).

2 Che il significato attribuito da Bobbio a queste espressioni sia analogo a quello di *coto vedado* lo riconosce lo stesso Garzón Valdés nel saggio *El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto Bobbio*, in L. Córdova Vianello, P. Salazar Ugarte (coordinadores), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*, Unam & Siglo veintiuno editores, México D.F. 2005: «Bobbio recurre también a una metáfora geográfica (similar a la del coto) cuando se refiere a la inviolabilidad de los derechos del hombre y del ciudadano establecida en todas las constituciones liberales» (p. 112-13).

Tutte le costituzioni liberali sono caratterizzate dall'affermazione di diritti dell'uomo e del cittadino che vengono detti "inviolabili": ora, l'inviolabilità consiste proprio in questo, che essi non possono essere limitati e tanto meno soppressi da una decisione collettiva anche presa a maggioranza. Proprio per questa loro inattaccabilità da parte di una qualsiasi decisione maggioritaria, tali diritti sono stati chiamati diritti contro la maggioranza, e vengono in talune costituzioni anche garantiti giuridicamente mediante il controllo costituzionale delle leggi (cioè delle decisioni prese a maggioranza) e la dichiarazione della illegittimità delle leggi che non li rispettano. La vasta sfera dei diritti di libertà può essere interpretata come una specie di territorio, di frontiera, di fronte a cui si arresta la potenza del principio di maggioranza.<sup>3</sup>

Più recentemente, Luigi Ferrajoli ha coniato una formula nuova per indicare il medesimo concetto, o meglio, come cercherò di spiegare nelle conclusioni del presente lavoro, per inquadrare il medesimo problema, predisponendone una soluzione più avanzata: «sfera dell'indecidibile», o «del non decidibile»<sup>4</sup>. Intendo mostrare in che senso la costruzione concettuale di Ferrajoli rappresenta un progresso notevole – anche a questo riguardo – per la teoria del diritto e della democrazia. Al tempo stesso, intendo sostenere che nella teoria della democrazia di Bobbio, o almeno in una interpretazione estensiva (ma credo non forzata) di essa, si trovano elementi per una soluzione del problema sostanzialmente convergente con quella proposta da Ferrajoli.

2. Affronterò la questione dal punto di vista della teoria bobbiana delle regole del gioco democratico. Faccio riferimento all'elenco di *sei regole del gioco* che si può leggere nel capitolo della *Teoria generale della politica* intitolato «Dall'ideologia democratica agli universali procedurali».<sup>5</sup> La tavola bobbiana delle sei regole non è che la sintetica traduzione in norme, o in principi ispiratori di norme, della concezione procedurale della democrazia. Anzi, le sei regole non sono se non l'esplicitazione articolata della sua famosa *definizione*

3 N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999 (d'ora in poi richiamata con la sigla *TGP*), pp. 399-400. Il capitolo della *TGP* da cui traggio la citazione corrisponde al saggio *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, pubblicato originariamente da Bobbio nel 1981 sulla rivista «Fenomenologia e società», IV, n. 13-14.

4 La formula è stata introdotta da Luigi Ferrajoli nel saggio *Diritti fondamentali*, uscito su «Teoria politica», XIV, n. 2, 1998, pp. 3-33 (v. spec. p. 15), poi ripubblicato in apertura di L. Ferrajoli (*et alii*), *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001 (cfr. p. 19). Il concetto è stato poi ripreso ed ampiamente sviluppato in L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari 2007: v. in part. vol. I, *Teoria del diritto*, §§ 11.18, 12.1 e 12.6; vol. II, *Teoria della democrazia*, § 13.4, 13.8, 15.1 e 16.14.

5 *TGP*, pp. 370-83; l'elenco delle regole si trova alla p. 381. Questo capitolo della *TGP* riproduce il testo (sino ad allora inedito) di una conferenza tenuta da Bobbio a Bogotà nel 1987, originariamente intitolata *Democrazia ed Europa*. Nell'opera di Bobbio si incontrano altre versioni della tavola delle regole del gioco democratico. La differenza tra esse riguarda essenzialmente il numero delle regole elencate nelle diverse occasioni, che varia da due a nove. Ho scelto la versione della conferenza di Bogotà, ora in *TGP*, perché è la più recente e dunque può considerarsi, anche nella specificità delle formulazioni linguistiche, quella definitiva. Faccio comunque osservare che essa riprende, con qualche variante lessicale, l'elenco di regole presentato da Bobbio nel saggio del 1975 *Quali alternative alla democrazia rappresentativa?*, poi ricompreso in N. Bobbio, *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino 1976 (v. l'elenco alle pp. 42-43); e che le sei regole formulate nel testo di Bogotà, ora in *TGP*, corrispondono sostanzialmente, ancora una volta con poche varianti, a quelle enumerate dalla terza all'ottava nella voce «Democrazia» redatta da Bobbio per il *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Utet, Torino 1976.

*minima*, «secondo cui – come si legge nella *Premessa a Il futuro della democrazia* – per regime democratico s'intende primariamente un *insieme di regole di procedura* per la formazione delle decisioni collettive, in cui è prevista e facilitata la partecipazione più ampia possibile degli interessati». <sup>6</sup> In una serie di lavori più o meno recenti, <sup>7</sup> ho invitato a riconoscere nelle regole del gioco individuate da Bobbio le condizioni, disgiuntamente necessarie e congiuntamente sufficienti, della democrazia, ridefinita classicamente come il regime dell'eguaglianza e della libertà politiche. Abbiamo imparato dagli antichi, ma poi anche da Kelsen e dallo stesso Bobbio, a chiamare democrazia un regime in cui le decisioni collettive, le norme vincolanti per tutti, non emanano dall'alto, da un soggetto (il monarca o il tiranno) o da pochi soggetti (gli aristocratici o gli oligarchi) che si ergono al di sopra della collettività, ma sono frutto di un processo decisionale che scaturisce dal basso, al quale tutti (i destinatari delle decisioni collettive) hanno diritto di partecipare in modo eguale ed egualmente libero. In questo senso, la democrazia è il regime dell'eguaglianza politica e della libertà politica. Ora: le regole del gioco democratico sono contenute implicitamente nei principi di eguaglianza e libertà politica; ovvero, che è lo stesso, sono riconoscibili come democratiche quelle regole che costituiscono una conseguente esplicitazione dei principi di eguaglianza e libertà politica, e per questo tali regole valgono come le condizioni alle quali un regime è (riconoscibile come) democratico, ossia è un regime di eguaglianza e libertà politica. Il gioco politico è democratico se e finché simili regole sono rispettate; se vengono alterate o applicate in maniera scorretta, non coerente con i principi democratici, si comincia a giocare ad un altro gioco. A volte, senza rendersene conto; a volte, intenzionalmente.

3. La prima regola, nell'elenco di Bobbio, pone una condizione di *eguaglianza come inclusività*: tutti i cittadini passivi, sottoposti all'obbligo politico di obbedire alle norme della collettività, devono essere cittadini attivi, titolari del diritto-potere di partecipare, anzitutto con il voto elettorale, al processo di formazione delle decisioni collettive, *senza discriminazioni*. La seconda regola pone una condizione di *eguaglianza come equivalenza*: i voti di tutti i cittadini devono avere *peso eguale*, nessuno deve contare più o meno di un altro. La terza regola pone una condizione di *libertà soggettiva*: l'opinione politica di ciascuno deve potersi formare liberamente, in assenza di interferenze distorsive, il che esige almeno che sia garantito

6 N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984, p. X.

7 M. Bovero, *Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale*, in «Il Ponte», LIX, n. 2, 2003, pp. 68-86; Id., *Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia*, in «Ragion pratica», n. 25, 2005, pp. 419-36; Id., *Isto é democracia?*, in F. Schüler, G. Axt, J. Machado da Silva (eds.), *Fronteiras do pensamento. Retratos de um mundo complexo*, Editora Unisinos, São Leopoldo (Brasil) 2008, pp. 309-336; Id., *La democrazia e le sue condizioni*, Notizie editrice, Modena 2009; Id., *La democrazia y sus condiciones*, in «Revista de la Facultad de Derecho de México», LX, 253, enero-junio 2010, pp. 11-30; Id., *Democracia al crepuscolo?*, in M. Bovero, V. Pazé (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 3-20.

il *pluralismo dei (e nei) mezzi di informazione e persuasione*. La quarta regola pone una condizione di *libertà oggettiva*: i cittadini devono poter scegliere tra proposte e programmi politici effettivamente diversi tra loro, entro una gamma di alternative sufficientemente ampia da consentire a ciascuno di riconoscersi in un orientamento preciso, il che esige almeno che sia consentito e protetto il *pluralismo dei partiti*, associazioni e movimenti politici. La quinta regola pone una condizione di *efficienza* per l'intero processo di decisione collettiva, dal momento elettorale alle deliberazioni degli organi rappresentativi: le decisioni devono essere assunte in base al principio di maggioranza, che è (per Bobbio, semplicemente) una regola tecnica, idonea a superare l'eterogeneità o il contrasto o il conflitto delle opinioni particolari.<sup>8</sup> Ma è anche, come sappiamo, una regola che ha limiti di applicazione.<sup>9</sup> Infatti, la sesta e ultima regola dell'elenco che stiamo esaminando stabilisce che: «nessuna decisione presa a maggioranza deve limitare i diritti della minoranza, particolarmente il diritto di diventare a sua volta maggioranza a parità di condizioni».<sup>10</sup>

Questa regola conclusiva – una vera e propria regola di chiusura – non assomiglia alle altre: non è una regola di procedura, non riguarda la forma bensì il contenuto delle decisioni. Ma Bobbio, il «proceduralista» Bobbio, ne è perfettamente consapevole. Basta leggere il commento che segue l'elenco delle regole compreso nella voce «Democrazia» del *Dizionario di politica*:<sup>11</sup> «tutte queste regole stabiliscono *come* si debba arrivare alla decisione politica, non *che cosa* si debba decidere. Dal punto di vista del *che cosa*, l'insieme delle regole del gioco democratico non stabiliscono nulla, *salvo l'esclusione delle decisioni che in qualche modo contribuirebbero a rendere vane una o più regole del gioco*».<sup>12</sup> Possiamo dunque considerare l'ultima regola dell'elenco di Bobbio come una *condizione di salvaguardia o di sopravvivenza* della democrazia: il rispetto di questa regola è indispensabile perché si possa continuare a giocare allo stesso gioco. Ma ho fatto notare altre volte che la sua formulazione esplicita appare riduttiva rispetto al significato e alla portata che Bobbio stesso attribuisce a tale regola nel commento citato. Perciò ne suggerisco un'interpretazione estensiva, invitando a considerare implicito nel rispetto dei «diritti della minoranza», che viene imposto dalla sesta

8 Com'è noto, Bobbio prende le distanze dalla tesi di Kelsen, che giustifica la regola di maggioranza con l'argomento assiologico secondo cui essa consentirebbe la migliore approssimazione possibile ad un regime di perfetta autonomia, nel quale le decisioni collettive dovrebbero risultare in accordo con la volontà di tutti gli individui consociati. Per Bobbio, la regola di maggioranza è da considerarsi un puro espediente tecnico, migliore di (cioè preferibile a) la regola dell'unanimità semplicemente perché più utile allo scopo di determinare qual è la volontà collettiva. O almeno, nel giustificare la regola di maggioranza gli argomenti tecnici sono per Bobbio «più probanti» di quelli assiologici. Cfr. *TGP*, p. 391.

9 Ad essi Bobbio dedica il § 7 del saggio *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, ora in *TGP* (cfr. sopra, n. 3); inoltre, nel medesimo saggio il § 6 è dedicato ai «Limiti di validità», il § 8 ai «Limiti di efficacia».

10 *TGP*, p. 381.

11 Ricordo che tale elenco è per due terzi sovrapponibile a quello che si trova in *TGP*: cfr. sopra, n. 5.

12 Nella più recente edizione (N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di politica*, Utet Libreria, Torino 2004) l'elenco e il commento si trovano a p. 241; l'ultimo corsivo è aggiunto da me.

regola a tutte le decisioni della maggioranza, il rispetto di tutte le altre regole e la proibizione di tutte le decisioni che contribuirebbero a renderle vane, cioè ad alterarne il significato di condizioni della democrazia. Così reinterpretata, la sesta regola del gioco pone per la democrazia una condizione di salvaguardia non semplice, bensì articolabile in cinque punti: che corrispondono a quelle che invito a riconoscere come le «cinque regioni del *coto vedado*». Naturalmente, sono consapevole di non poter attribuire a Bobbio la mia interpretazione di ciò che significa «rendere vane» le regole del gioco. Dunque mi assumo la responsabilità di questo frammento «non puramente procedurale» della teoria della democrazia (credo che questa formula possa piacere a Luigi Ferrajoli), così come della riformulazione di tale teoria in termini di *condizioni e precondizioni* della democrazia.<sup>13</sup>

4. Traccio qui di seguito un profilo schematico delle «cinque regioni».

a) La sesta regola del gioco vieta anzitutto qualsiasi decisione che possa alterare le *altre cinque regole* del gioco. Queste sono indisponibili al potere della maggioranza. Ma non solo a quello delle maggioranze politiche contingenti: se si vuol *continuare* il gioco democratico, le regole che stabiliscono le *condizioni* della democrazia – cioè le regole *costitutive* del gioco, che sono tali in quanto riguardano la formazione democratica della volontà politica – devono considerarsi sottratte anche alle alterazioni eventualmente prodotte da una decisione all'unanimità (che si configurerebbe come una sorta di suicidio di massa della democrazia),<sup>14</sup> e perciò *a fortiori* indisponibili al potere delle maggioranze qualificate variamente richieste nei diversi ordinamenti per la revisione delle norme costituzionali.

b) Non basta. La sesta regola vieta (implicitamente) qualunque decisione che contribuisca «a rendere vane» una o più regole del gioco. E ciò allarga l'estensione del «terreno proibito» per qualunque potere di maggioranza – ovvero l'ampiezza del *coto vedado*, o della «sfera dell'indecidibile» – a quei diritti fondamentali che della democrazia costituiscono le *precondizioni*. Tutti i diritti stabiliti in costituzioni rigide sono per definizione sottratti alla disponibilità delle maggioranze politiche contingenti; ma dallo *specifico* punto di vista della *salvaguardia* della democrazia, debbono considerarsi assolutamente indisponibili, e non solo alle maggioranze politiche ma anche al potere di revisione costituzionale, i *quattro grandi diritti di libertà* dei moderni.<sup>15</sup> Ossia: la libertà personale, la libertà di opinione e di manifestazione del pensiero, la libertà di riunione, la libertà di associazione. «Questi

13 Questi due termini, «condizioni» e «precondizioni», si incontrano raramente e in modo del tutto occasionale nei saggi di Bobbio dedicati alla democrazia. Cfr. ad esempio *Il futuro della democrazia* cit., pp. 6 e 63.

14 Ernesto Garzón Valdés ammonisce che «librada a sí misma, la democracia tiene una tendencia suicida» (*Para ir terminando* cit., p. 45). Cfr. anche Id., *Instituciones suicidas*, Paidós, México D.F., 2000.

15 Così li chiama Bobbio: cfr. ad esempio *TGP*, p. 304.

diritti», dice Bobbio, «sono il *presupposto necessario* per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico. Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole *preliminari* che permettono lo svolgimento del gioco». <sup>16</sup> In questo senso si può dire che, se le regole del gioco rappresentano le *condizioni* della democrazia, i diritti di libertà ne sono le *precondizioni* indispensabili: in quanto tali, inviolabili e inalterabili, anche da parte del potere di revisione costituzionale, se si vuole evitare che mediante l'esercizio di tale potere vengano poste le premesse per instaurare un regime non più (riconoscibile come) democratico, o una forma di governo che della democrazia conservi solo le apparenze esteriori. Ribadisco: inviolabili *in quanto tali*, cioè in quanto precondizioni della democrazia; ovvero, *non già perché* i diritti di libertà siano fini in sé, o principi assoluti, o valori morali, come forse direbbe Ernesto Garzón Valdés; oppure «ragioni sociali» della (di una) società politica stipulate nella sua costituzione, come direbbe Luigi Ferrajoli. *Indipendentemente dal fatto che* li si voglia qualificare in uno o più d'uno di questi modi (valori assoluti, fini ultimi, ecc.), i diritti di libertà debbono considerarsi inviolabili e inalterabili da parte di qualunque organo decisionale di un ordinamento democratico, *perché* una loro violazione vanificherebbe la democrazia: senza la garanzia dell'immunità personale per elettori e candidati, senza la garanzia delle libertà di opinione, di riunione, di associazione, una competizione elettorale a suffragio universale non è altro che una messinscena ingannevole, e «la stessa regola della maggioranza diventa un espediente ipocrita». <sup>17</sup>

c) Ma nelle precondizioni della democrazia si devono comprendere anche *alcuni determinati diritti sociali*: in primo luogo, il diritto all'istruzione, inteso come diritto all'educazione del cittadino, senza la garanzia del quale appare «vano» (vuoto, inutile, privo di senso) assicurare agli individui le condizioni oggettive di una scelta politica libera; in secondo luogo, il diritto alla sussistenza, senza la garanzia del quale si va incontro al pericolo, già additato da Rousseau, che qualcuno ceda alla tentazione di vendere il proprio voto, e sappiamo che troverà sempre qualcun altro disposto a comprarlo. Questi diritti rappresentano, a mio giudizio, le indispensabili precondizioni *sociali* delle precondizioni *liberali* della democrazia. Così come i diritti politici di partecipazione democratica risulterebbero vanificati dall'assenza di garanzie per i diritti all'immunità personale, alla libera manifestazione del pensiero, alla libera riunione e associazione; allo stesso modo, le grandi libertà dei moderni rimarrebbero virtuali e svuotate del loro senso *politico*, ossia private della loro funzione *democratica*, in

<sup>16</sup> *Il futuro della democrazia* cit., p. 6, corsivi aggiunti.

<sup>17</sup> Così afferma Bobbio nel saggio *La regola della maggioranza e i suoi limiti*, compreso nel vol. collettaneo *Soggetti e potere*, Bibliopolis, Napoli 1981, p. 18.

mancanza di garanzie per il diritto all'istruzione, oltre che all'informazione libera e plurale, e ad un minimo assicurato di risorse per la sussistenza. Pertanto, un ordinamento democratico che voglia *essere e rimanere* tale, deve: 1) annoverare norme di rango costituzionale attributive di questi diritti (non solo liberali ma anche) sociali; 2) sottrarre tali diritti al potere di revisione costituzionale; 3) introdurre norme legislative a garanzia dei medesimi.

Dal punto di vista della condizione di salvaguardia o sopravvivenza della democrazia, questi specifici diritti fondamentali, sia liberali sia sociali, insieme ai diritti politici di partecipazione alla formazione delle decisioni collettive, dovrebbero essere considerati diritti «superconstituzionali», come suggeriva Piero Calamandrei già nel 1946,<sup>18</sup> cioè per l'appunto sottratti al potere di revisione costituzionale. Ma non già perché siano riconoscibili come (presunti) «diritti naturali»;<sup>19</sup> bensì perché valgono nel loro complesso come *precondizioni* (diritti liberali e sociali) e *condizioni* (diritti politici) *necessarie* della democrazia.

d) Ma affinché sia soddisfatta la condizione di sopravvivenza della democrazia, enunciata sinteticamente (e riduttivamente) nella sesta regola della tavola di Bobbio, non basta neppure inserire questo nucleo di diritti fondamentali, sia liberali sia sociali, oltre ai diritti politici, nel «terreno proibito» di fronte a cui si deve arrestare la decisione di qualunque maggioranza. Dev'essere incluso nel *coto vedado* anche l'altro pilastro essenziale del costituzionalismo, indicato nelle clausole generalissime fissate dall'art. 16 della Dichiarazione francese del 1789: dunque, non solo quei diritti la cui garanzia è indispensabile al gioco democratico, perché ne sono le precondizioni e le condizioni; ma anche una qualche forma di *divisione ed equilibrio dei poteri*, insomma un complesso di tecniche idonee a prevenire e arginare il dispotismo, incluso quello della maggioranza. Da questo punto di vista, la salvaguardia della democrazia dipende anzitutto dalla separazione tra i poteri – cioè, tra gli organi e le funzioni – dello stato.<sup>20</sup> O meglio, dipende dalla solidità di architetture costituzionali capaci di assicurare: 1) il principio di legalità, ossia la distinzione e subordinazione della funzione esecutiva e di quella giudiziaria rispetto alla funzione legislativa; 2) il principio di imparzialità, ossia la separazione e l'indipendenza dell'organo giudiziario dall'esecutivo e dal legislativo.

e) Ma non basta ancora. Perché la democrazia possa nascere, continuare ad esistere e non degenerare in una qualche forma di autocrazia mascherata, è anche necessario salvaguardare quella che, seguendo Bobbio, considero la struttura più profonda, direi la *costituzione materiale*

18 P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione alla seconda ediz. di F. Ruffini, *Diritti di libertà*, La Nuova Italia Editrice, Firenze 1946, p. LIV.

19 Così invece li qualificava lo stesso Calamandrei (*ibid.*).

20 Per il problema dell'articolazione dei poteri dello stato, faccio riferimento alla sistemazione concettuale proposta da R. Guastini, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in «Teoria politica», XIV, n. 3, 1998, pp. 25-42. Ma ora l'intera materia è stata sottoposta ad un trattamento teorico innovativo da Luigi Ferrajoli in *Principia iuris* cit., §§ 12.5-7, che richiederà una considerazione più attenta e meditata in altra occasione.

*del costituzionalismo*, ossia la separazione tra quelli che Bobbio chiama i tre «poteri sociali»: il potere *politico*, basato sul controllo dei mezzi di coazione; il potere *economico*, basato sul controllo dei beni e delle risorse materiali; e il potere *ideologico*, basato sul controllo delle idee e delle conoscenze, cioè dei mezzi di informazione e persuasione.<sup>21</sup> La precondizione di tutte le precondizioni della democrazia, la clausola preliminare di un patto di convivenza democratica consiste nel *divieto di concentrazione* fra questi tre poteri.

5. Concludo in sintesi e schematicamente in due punti, lasciando spazio ad ulteriori futuri sviluppi argomentativi.

a) Il concetto ferrajoliano di «sfera dell'indecidibile» costituisce un avanzamento sia rispetto a quello di «coto vedado» di Garzón Valdés, sia a quello di «territorio inviolabile» di Bobbio, anzitutto perché è esplicitamente articolato in due parti o, potremmo dire continuando con la metafora, in due emisferi: seguendo formule di Ferrajoli, 1) «l'indecidibile *che*», e 2) «l'indecidibile *che non*».<sup>22</sup> Il primo coincide con il divieto di limitare o sopprimere i diritti di libertà; ma non vedo perché non affiancare ad essi, nel medesimo emisfero, i diritti politici.<sup>23</sup> Il secondo consiste nell'obbligo per i pubblici poteri, dunque per il potere politico di maggioranza, di introdurre specifiche e idonee garanzie legislative per (tutti i diritti fondamentali, ma specificamente per) i diritti sociali. Insomma, nella prospettiva di Ferrajoli diviene chiaro ed esplicito che il *coto vedado* non è solo *vedado*, il territorio inviolabile non è solo inviolabile: non contiene solo divieti, cioè l'indicazione normativa di quello che non si può decidere, bensì anche obblighi positivi, ossia l'indicazione normativa di quello che non si può non decidere.

Beninteso, anche per Garzón Valdés il *coto vedado* presenta due aspetti: «la prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar politicamente la realización efectiva de los derechos que intenta proteger».<sup>24</sup> Tuttavia, nello stesso testo da cui cito Garzón Valdés precisa che il *coto vedado* «garantiza el ejercicio de la autonomía personal, sin intervención del Estado [...] protege el ámbito de la “privacidad”».<sup>25</sup> In sostanza, l'idea sembra rimanere legata all'ispirazione del costituzionalismo liberale. E' vero che poco oltre l'autore considera la «posibilidad de expansión» del *coto vedado* verso i diritti di seconda o terza generazione; ma afferma che la via da seguire consiste nel «derivar nuevas conclusiones que están

21 Cfr. *TGP*, pp. 104-5, 167-72.

22 Per i luoghi dell'opera di Ferrajoli in cui compare la nozione e la sua articolazione in due emisferi, v. qui sopra, n. 4.

23 Nel testo di *Principia iuris* noto qualche esitazione su questo punto: non sempre l'inclusione dei diritti politici nella (emi-)sfera dell'«indecidibile *che*», insieme ai diritti di libertà, è richiamata esplicitamente.

24 E. Garzón Valdés, *Para ir terminando* cit., p. 48.

25 *Ibidem*.

lógicamente implicadas en los principios y valores» già contenuti nel *coto vedado*.<sup>26</sup>

Quanto a Bobbio, le sue argomentazioni a favore dei diritti sociali sono ben note.<sup>27</sup> Ma resta il fatto che, nell'affrontare lo specifico problema dei vincoli alla decisione democratica – che valgono al tempo stesso come limiti e pre-condizioni della medesima – il richiamo esplicito di Bobbio è ai diritti di libertà. E' forse questa sorta di (maggiore, se non unilaterale) accentuazione su tali diritti che porta sia Bobbio, sia Garzón Valdés a privilegiare la dimensione negativa dei vincoli costituzionali al potere democratico, insomma il lato del divieto, dell'inviolabile. In Ferrajoli, l'articolazione della nozione di «sfera del non decidibile», corrispondente a quelle di *coto vedado* e di «territorio inviolabile», in due emisferi (per così dire) equilibrati consente in particolare di cogliere la specificità del problema dei diritti sociali, e al tempo stesso di affermare per questa classe di diritti l'egual funzione di vincolo al potere democratico.

b) La concezione di Garzón Valdés assegna al *coto vedado* un valore morale: l'autore lo definisce come «ámbito consitucionalmente especificado que incluye principios y valores vinculados con bienes espirituales y materiales primarios». <sup>28</sup> La determinazione del suo contenuto e la sua forza vincolante sono affidate alla «morale critica». Dico subito che condivido le convinzioni morali di Garzón Valdés. Non quelle metaetiche. Come impenitente non-cognitivista, per un verso non credo che esistano «valori oggettivi», né che la morale critica (o meglio, il ragionamento morale) possa condurre per ogni questione ad una e una sola «risposta giusta»; per altro verso, non credo che il diritto debba proporsi il compito di esprimere e «dar forza» ad una morale, tanto meno *alla* morale (ad un codice morale determinato).

La concezione di Ferrajoli attribuisce alla sfera dell'indecidibile un significato e un valore vincolante eminentemente e genuinamente giuridico. Ma ciò comporta che la determinazione del suo contenuto resti affidata alle sorti delle battaglie politiche e ai processi di positivizzazione delle istanze ideali (o degli interessi materiali) che in esse di volta in volta storicamente prevalgono. Invece, le cinque regioni dell'indecidibile – nel duplice senso ferrajoliano, negativo e positivo – che ho cercato di delineare in base ad una interpretazione estensiva della sesta regola di Bobbio possono contare, mi sembra, *anche* su un fondamento *razionale*: sono determinabili in modo cogente *per inferenza o per presupposizione* a partire da un concetto formale di democrazia.

In questa prospettiva teorica, l'assunzione di un *concetto* formale di democrazia

26 *Ivi*, p. 49.

27 V. ad es. *TGP*, pp. 458-66.

28 E. Garzón Valdés, *Para ir terminando* cit., p. 43.

come quello di Bobbio – ovvero, la scelta iniziale di definire la democrazia come «*forma di regime*» identificata da un determinato insieme di regole di competenza e di procedura, che riguardano il *chi* e il *come*, ossia appunto la forma, non il *che cosa*, cioè il contenuto, della decisione collettiva – è il necessario punto di partenza di un ragionamento che conduce, se correttamente svolto, ad una *concezione* della democrazia non puramente formale, bensì anche (in un certo senso, che non è quello più consueto negli usi storici di questa formula) sostanziale, in quanto individua i vincoli (costituzionali) di contenuto che debbono essere rispettati dalle decisioni democratiche al fine di preservare la stessa democrazia. In altre parole: per questa via, da un concetto *formale* si giunge ad una concezione *costituzionale* della democrazia. In piena sintonia finale, mi pare, con la visione di Luigi Ferrajoli.

## Bibliografia

Bobbio, N. (1976). *Democrazia*, in Bobbio, N., Matteucci, N. (eds.), *Dizionario di Politica*, Torino, Utet.

\_\_\_\_\_. (1976). *Quale socialismo?*, Torino, Einaudi.

\_\_\_\_\_. (1981). *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in «Fenomenologia e società», IV, 13-14.

\_\_\_\_\_. (1981). *La regola della maggioranza e i suoi limiti*, in AA.VV., *Soggetti e potere*, Napoli, Bibliopolis.

\_\_\_\_\_. (1984). *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi.

\_\_\_\_\_. (1999). *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi.

Bovero, M. (2003). *Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale*, in «Il Ponte», LIX, 2.

\_\_\_\_\_. (2005). *Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia*, in «Ragion pratica», 25.

\_\_\_\_\_. (2008). *Isto é democracia?*, in F. Schüller, G. Axt, J. Machado da Silva (eds.), *Fronteiras do pensamento. Retratos de um mundo complexo*, São Leopoldo, Editora Unisinos.

\_\_\_\_\_. (2009). *La democrazia e le sue condizioni*, Modena, Notizie editrice.

\_\_\_\_\_. (2010). *Democrazia al crepuscolo?*, in M. Bovero, V. Pazé (eds.), *La democrazia*

*in nove lezioni*, Laterza, Roma-Bari.

\_\_\_\_\_. (2015). *Para uma teoria neobobbiana da democracia*, São Paulo, FGV Direito SP.

Calamandrei, P. (1946). *L'avvenire dei diritti di libertà*, in F. Ruffini, *Diritti di libertà*, Firenze, La Nuova Italia Editrice.

Ferrajoli, L. (2001). *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza.

\_\_\_\_\_. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Roma-Bari, Laterza.

Garzón Valdés, E. (2000). *Instituciones suicidas*, México, Paidós.

\_\_\_\_\_. (2003). *Para ir terminando* in M. Atienza, *El derecho como argumentación*, México, Fontamara

\_\_\_\_\_. (2005). *El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto Bobbio*, in L. Córdova Vianello, P. Salazar Ugarte (coordinadores), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*, México, Unam & Siglo veintiuno editores.

Guastini, R. (1998). *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in «Teoria politica», XIV, 3.

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Michelangelo Bovero**

Professor de Filosofia da Universidade de Turim. Autor, dentre outras obras, de: *Società e Stato nella filosofia politica moderna* (com Norberto Bobbio, 1979), *La democrazia e le sue condizioni* (2009) e *Para uma teoria neobobbiana da democracia* (2015).

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL

---

RIGHT OF EXIT DUE TO FAILURE TO DISTRIBUTE DIVIDENDS IN  
SPANISH COMPANY LAW

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR FALTA DE DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS EN EL DERECHO DE SOCIEDADES ESPAÑOL

## RIGHT OF EXIT DUE TO FAILURE TO DISTRIBUTE DIVIDENDS IN SPANISH COMPANY LAW

---

**MIGUEL MARTÍNEZ MUÑOZ**

Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

mmmunoz@comillas.edu

<https://orcid.org/0000-0002-2485-0363>

---

**Resumen:** este trabajo pretende analizar el derecho de separación en el Derecho de Sociedades español, el cual se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como el mecanismo de defensa natural que tienen los socios en las sociedades de capital frente a la opresión y al abuso de derecho ejercitado por los socios mayoritarios, así como la regulación establecida para el caso concreto de la falta de distribución de dividendos. La configuración actual del derecho de separación presenta ineficiencias en la medida en que las causas legales y estatutarias de separación no son suficientes para cubrir todos los supuestos que pueden presentarse, siendo necesario abordar esta problemática.

**Palabras clave:** derecho de separación, opresión, abuso de derecho, causas legales, causas estatutarias, distribución de dividendos, separación por justa causa.

**Abstract:** this paper aims to analyse the right of exit under the Spanish Company Law. This right constitutes the natural defence mechanism owned by the shareholders in the public and private companies in order to fight against oppression and abuse of law practised by the majority shareholders, as well as the regulation established for the specific case of the lack of dividend distribution. The current configuration of the right of exit presents inefficiencies because the legal and statutory causes of exit are not sufficient to resolve all the events that may arise and it is necessary to address this problem.

**Keywords:** right of exit, oppression, abuse of law, legal causes, statutory causes, distribution of dividends, exit for a just cause.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de separación constituye un mecanismo de protección del socio minoritario frente a determinadas conductas realizadas por los socios mayoritarios y que son, *a priori*, constitutivas de comportamientos abusivos<sup>1</sup>. En este sentido, podemos definir tal instituto como el derecho del socio a abandonar la sociedad de capital, siempre que concurra una causa legal o estatutaria habilitante, con devolución de la cuota correspondiente y sin que, en ningún caso, tenga lugar la disolución de aquélla<sup>2</sup>.

Este derecho ya venía reconocido en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y de 1989, en contraposición a lo que ocurría en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, la cual omitía toda referencia al derecho de separación por considerar la no existencia de conflictos en este tipo de sociedades<sup>3</sup>. El legislador, consciente de su error de concepción, corrigió este extremo en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 y lo ha mantenido en la vigente Ley de Sociedades de Capital (en adelante, la “LSC”) y en la Ley de Modificaciones Estructurales para el caso del derecho de separación en relación con las modificaciones estructurales. Antes ya se preveía en el Código de Comercio, con carácter general y de manera muy limitada para las sociedades personalistas, la salida de un socio realizada al ejercitar el derecho de separación o producida como consecuencia de su baja en la sociedad a causa de su rescisión parcial, situación que permanece inalterada actualmente<sup>4</sup>.

La mecánica del derecho de separación afecta a tres sujetos diferentes. Por un lado, afecta al propio socio disidente, el cual ejercita el derecho de separación ante la concurrencia de alguna de las causas legales o estatutarias de separación previstas como vía de escape de la sociedad<sup>5</sup>. En segundo lugar, afecta a la propia sociedad, la cual deberá reducir su capital social conforme a lo previsto en el art. 358 LSC. Por último, el ejercicio del derecho de

1 Garrigues, J/Uría, R. 1953. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo II. Madrid. p. 202, donde se califica este derecho, siguiendo a la doctrina italiana, como el arma más eficaz de defensa de la minoría contra los excesos de la mayoría.

2 Brenes Cortés, J. 1999. El derecho de separación del accionista. Madrid. p. 26; Farrando Miguel, I. 1998. El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Madrid. pp. 71-72; Girón Tena, J. 1952. Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951). Valladolid. p. 468; Motos Guirao, M. 1956. La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español. Revista de Derecho Notarial. 11:81-83; Velasco Alonso, A. 1976. El derecho de separación del accionista. Madrid. p. 11; González Castilla, F. 2012. Reformas en materia de separación y exclusión de socios. In Farrando Miguel, I, González Castilla, F, Rodríguez Artigas, F, editors. Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital. Cizur Menor. pp. 312-313; Emparanza, A. 2011. Artículo 346. Causas legales de separación. in Rojo, A, Beltrán, E, editors. Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital. Cizur Menor. p. 2470.

3 Sobre las antecedentes de esta figura véase, entre otros, Rodas Paredes, P. 2013. La separación del socio en la Ley de sociedades de capital. Madrid. pp. 21-28.

4 Sequeira Martín, A. 2011. Derecho de separación y la exclusión del socio. Revista de Derecho de Sociedades. 36:190.

5 Podemos decir que el contrato de sociedad (Paz-Ares, C. 2006. La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad. In Uría, R, Menéndez, A. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Cizur Menor. p. 470) presenta dos rasgos sobresalientes: su aptitud para organizar una actividad empresarial con vocación de permanencia en el tráfico económico (es un contrato de duración) y, por otro lado, su carácter incompleto. Por su parte, el carácter incompleto de un contrato se predica cuando concurren dos rasgos: (i) no se prevén inicialmente todos los derechos y obligaciones de las partes para todas las futuras contingencias, y (ii) se establecen ciertas mecánicas para afrontarlas (*vid.* Alfaro Águila-Real, J. 2005. Los problemas

separación afectará a los acreedores sociales, los cuales verán las posibilidades de satisfacción de sus créditos mermadas ante la disminución del patrimonio social<sup>6</sup>.

La propia configuración de las sociedades de capital, en el sentido del establecimiento de unos órganos sociales responsables de la toma de decisiones, conduce a la pérdida de autonomía del socio individual en los asuntos de carácter común y la supremacía del principio de adopción de acuerdos por mayoría, el cual será utilizado por los socios mayoritarios para generar situaciones constitutivas de abuso de derecho sobre la minoría en determinados aspectos de la vida social, materializándose así unos conflictos permanentes entre los socios<sup>7</sup>. No obstante, dicho principio no puede tener un carácter absoluto con la consiguiente desprotección jurídico-societaria. Los intereses individuales del socio y los intereses de la minoría gozan de diversos mecanismos de protección, entre los que destaca el ejercicio, por parte del socio, del derecho de separación que le atribuye el ordenamiento jurídico<sup>8</sup>.

Si bien el abuso de la mayoría se produce tanto en las sociedades anónimas como en las limitadas, es claro que aquel es más intenso en las sociedades de responsabilidad limitada debido a la propia configuración de este tipo social<sup>9</sup>. Se trata de una sociedad en la que sólo concurre el modelo de socio interesado en la vida de la empresa (y no el interesado únicamente en rentabilizar su inversión con dividendos y aumentos en la cotización de las acciones propio de las sociedades anónimas), con una mayoría compacta y permanente y la existencia de una serie de restricciones para la entrada y salida en el capital social, todo lo cual provoca que la opresión al socio minoritario sea, en este caso, muy intensa.

La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 no preveía ningún sistema de protección a los socios minoritarios y ello porque, según su Preámbulo, en este tipo social “*no existe problema de defensa de minorías, a diferencia de lo que ocurre en la S.A.*”. Como apuntábamos antes, la propia configuración de la sociedad limitada hacía pensar al legislador de 1953 que los pocos socios integrantes de este tipo social tenían exactamente los mismos intereses

---

contractuales en las sociedades cerradas. Indret: Revista para el análisis del Derecho. 4:3; Alfaro Águila-Real, J. 1995. Interés social y derecho de suscripción preferente. Madrid. p. 23; Farrando Miguel, I. p. 48).

6 Farrando Miguel, I. p. 21.

7 Fernández del Pozo, L. 2006. La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005. Revista de Derecho de Sociedades. 26:269-272; Martínez Calcerrada, L. 1979. La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos. Revista de Derecho Privado. 1979:434 y ss; Ginés Castellet, N. 2013. Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa. Revista de Derecho de Sociedades. 40: 274 y ss.

8 Para el estudio de los diversos intereses societarios en juego, *vid.* Sánchez Ruiz, M. 2000. Conflictos de Intereses entre Socios en Sociedades de Capital. Elcano. pp. 32-34; Alcalá Díaz, MA. 1997. El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital. Revista de Derecho de Sociedades. 9:89 y ss.

9 Pulgar Ezquerro, J. 2013. Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. 129:29-34.

y que, por ello, no existían problemas entre los socios<sup>10</sup>. Sin embargo, las características de la sociedad limitada hacen que la dominación al minoritario sea aún más opresiva, teniendo éste muy pocas posibilidades de solución. En efecto, la opresión en este tipo social se torna aún más intensa si tenemos en cuenta que la sociedad de responsabilidad limitada es la sociedad modelo de las sociedades cerradas, caracterizadas por la imposibilidad fáctica de desinvertir al ser el mercado para la transmisión de las participaciones sociales extremadamente reducido y por existir un grupo de control estable que, con base en el principio de adopción de acuerdos por mayoría, toma las decisiones sin tener en cuenta los intereses del socio minoritario, el cual no puede enajenar su cuota y abandonar el panorama social<sup>11</sup>.

Por ello, una de las posibles vías de solución de estos conflictos intrasocietarios es el derecho de separación, institución singular y de encaje violento en un sistema de estructura corporativa sometido al principio de adopción de acuerdos por la mayoría, ya que casa mal con el reconocimiento de un derecho de separación al socio por el solo hecho de no haber contribuido con su voto a la adopción de un determinado acuerdo<sup>12</sup>. El derecho de separación, ante todo, pretende proteger al socio minoritario del abuso de la mayoría que se produce en las sociedades cerradas a través de múltiples actuaciones, siendo una muy común la asfixia financiera en forma de retención sistemática de dividendos. En efecto, en tanto es la Junta de socios la que mayoritariamente acuerda el reparto de dividendos a la hora de aprobar las cuentas formuladas por los administradores, la minoría tiene poco margen de actuación si cada año se decide destinar la totalidad del beneficio a reservas. Precisamente, para evitar esta forma concreta de abuso, el legislador introdujo el art. 348 bis LSC y concedió un derecho de separación para el supuesto de que no se repartiera como dividendo una determinada parte del beneficio, norma que actualmente se encuentra en vigor después de un largo período de suspensión.

## II. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DEL ART. 348 BIS LSC

El art. 348 bis LSC es un precepto que fue introducido en nuestro ordenamiento a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de

10 Carlón, L. 1978. Reflexiones sobre la tutela de la minoría en la Sociedad de responsabilidad limitada. In Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Madrid. pp. 83-84.

11 En este sentido, Sánchez Ruiz, M. p. 39.

12 Martínez Sanz, F. 1997. La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Madrid. pp 3-4; Farrando Miguel, I. pp. 59-60: “(...) es también necesario añadir que éste (el derecho de separación) no es un remedio diseñado por el legislador para combatir los acuerdos ilícitos, para conocer el valor real de las acciones o participaciones o, como indicamos antes, un instituto que excepcione el principio de adopción de acuerdos societarios por mayoría o el principio de subordinación a los acuerdos sociales sino, más concretamente, un instrumentos de conciliación ante los casos de divergencia de intereses entre el socio, aisladamente considerado, y la colectividad”.

sociedades cotizadas. En concreto, la norma disponía: “*A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles*”.

Se introducía pues un específico derecho de separación *ad hoc* a favor del socio que hubiera votado a favor de la distribución de beneficios, de tal suerte que, en paralelo, parecía que se confería un derecho concreto a percibir un porcentaje legal mínimo y un correlativo deber de la Junta de acordar, en todo caso, con independencia de la situación económica, una distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social<sup>13</sup>. Sin embargo, dadas las dificultades económicas y financieras que experimentaban las empresas en los años 2011 y 2012<sup>14</sup>, la norma fue dejada en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2014 en virtud de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital. De nuevo, se prorrogó la suspensión hasta el 31 de diciembre de 2016 por la disposición transitoria primera de la LSC, modificado por la disposición final primera del RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. En consecuencia, desde el 1 de enero de 2017, el art. 348 bis LSC vuelve a estar plenamente operativo y de acuerdo a su redacción original, la cual ya había planteado numerosos problemas de interpretación que hoy vuelven a ser puestos de manifiesto<sup>15</sup>.

A pesar de la importancia que tiene la concesión de este mecanismo de la separación como forma de atajar la política sistemática de no reparto de dividendos, la cual se erige en

13 Véase en profundidad Pulgar Ezquerro, J. 2017. Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (solvency test). *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. 147:143-144.

14 Con respecto a los problemas que podían surgir en sede de sociedades que se encontraban en procesos de financiación y refinanciación si se ejercitaba por un socio el derecho de separación del art. 348 bis LSC, véase García Morales E/Jiménez López, L. 2018. ¿Es compatible el artículo 348 bis con las restricciones al reparto de dividendos previstas en determinados contratos de financiación? *Diario La Ley*. 9150:1-13. En el mismo sentido, véase Alonso Ledesma, C. 2013. La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios. *Revista de Derecho Mercantil*. 287:91, donde se afirma que el ejercicio del derecho de separación puede poner en peligro la viabilidad empresarial al suponer una salida de fondos que son muy necesarios en estos tiempos críticos para reforzar la situación financiera de la empresa o para financiar nuevos proyectos empresariales que pueden suponer cuantiosos beneficios futuros. Además, la autora pone de manifiesto cómo la falta de claridad del precepto y el rigor con que se obliga al reparto anual, de, al menos, un tercio de los beneficios de la explotación, ha desatado el rechazo de parte de la doctrina que ha criticado duramente la norma, no sólo porque su defectuosa redacción vaya a dar lugar a multitud de dudas interpretativas para su aplicación, sino porque la norma vulnera la competencia de la Junta para decidir acerca de la aplicación del resultado del ejercicio.

15 Véase Martínez Muñoz, M. 2015. El derecho de separación del socio en las sociedades de capital y su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*. 175-176:29-34; Brenes Cortés, J. 2017. El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Revista de Derecho Mercantil*. 305:50 y ss.; Cañabate Pozo, R. 2017. La defensa del socio minoritario por falta de distribución de dividendos. *Revista de derecho de Sociedades*. 50:171 y ss.; Pulgar Ezquerro, J. 2017. pp. 149 y ss.,

una de las principales formas de opresión a la minoría, hemos de destacar que el art. 348 bis LSC no apela en ningún momento a los conceptos de opresión o abuso de mayoría, sino que se limita a establecer un derecho que puede ser ejercitado tras cada Junta General ordinaria en la que no se apruebe el reparto de dividendos, lo que resulta criticable en tanto en cuanto no consagra los desarrollos jurisprudenciales en la materia basados en el abuso de derecho<sup>16</sup>. A este respecto, hubiera sido deseable que la norma en cuestión recogiese y concretase la jurisprudencia recaída en materia de abuso de derecho y que, incluso, hubiera sido redactada en términos más amplios para que diera cabida a más comportamiento abusivos<sup>17</sup>. Sin embargo, el fundamento del art. 348 bis LSC es claro en tanto no pretende resolver todas las posibles formas de abuso de mayoría sino únicamente la consistente en la asfixia financiera, tutelando los intereses de aquellos socios minoritarios que no están recibiendo la oportuna y legítima rentabilidad que cabría esperar del contrato de sociedad.

Por lo que respecta a la ubicación sistemática de este precepto, el mismo se trata de una causa legal de separación adicional a las enumeradas en el art. 346 LSC. En efecto, para que el socio pueda ejercitar el derecho de separación que le dispensa el ordenamiento jurídico-societario es preciso que concurra una causa de separación, la cual podrá ser legal, si se encuentra en el elenco de supuestos dados por el legislador en la LSC, o estatutaria, si los socios han decidido en la fundación de la sociedad o posteriormente, a través de la oportuna modificación, añadir causas de separación adicionales a las contenidas en la Ley. Así pues, la falta de distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles, en aquellas sociedades de capital no cotizadas y a partir del quinto ejercicio desde su inscripción en el Registro Mercantil, aparece configurada como una causa legal de separación al venir expresamente prevista por el legislador en el art. 348 bis LSC<sup>18</sup>. A pesar de esta configuración, el legislador no introdujo el nuevo supuesto dentro del art. 346 LSC,

16 Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, en la que se pone de manifiesto que: “(...) los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos –tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder– deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales –hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital– silencia el “abuso de derecho” y el “abuso de poder”, ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil, son contrarios a la ley –en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre”.

17 González Castilla, F. p. 328. Por su parte, García Sanz, A. 2012. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. *Revista de Derecho de Sociedades*. 38: 55-71. Hernando Cebriá, L. 2011. Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*. 37:173-205, señalan que nuestra jurisprudencia ha apuntado que la protección del derecho del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales se construye desde la figura del abuso de derecho.

18 Alonso Ledesma, C. pp. 91-92: “(...) el reconocimiento del derecho de separación por falta de pago de dividendos, que el legislador ha tipificado, con más que discutible fortuna, como una nueva causa legal de separación (...)”; Silva Sánchez, MJ/

como hubiera sido lo normal, sino que creó una norma nueva *ad hoc* para ello, decisión que ha sido muy criticada pero que presenta razones que la justifican<sup>19</sup>.

Por un lado, todos los supuestos enumerados en el art. 346 LSC como causas legales de separación tienen el común denominador de ser modificaciones de mayor envergadura de los estatutos sociales, las cuales hacen inexigible para el socio la permanencia en la sociedad. En efecto, el fundamento de estas causas legales es que no se puede obligar a ningún socio a permanecer en una sociedad con una organización societaria trascendentalmente distinta de la originaria, razón por la que se debe conceder una vía de escape. Por su parte, la causa legal reconocida en el art. 348 bis LSC no surge de ninguna modificación de los pactos sociales por los cuales los socios se rigen sino de una conducta abusiva perpetrada por la mayoría social y canalizada a través de un acuerdo de Junta General destinando los beneficios de los ejercicios sociales a partidas distintas de su reparto en forma de dividendos. Es decir, en este caso, el fundamento del supuesto previsto en este precepto de nueva planta es el abuso de derecho y la opresión que la mayoría ejerce sobre la minoría del capital social y que se materializa en la falta de retribución a los mismos como manifestación del ánimo de lucro, debiendo el ordenamiento jurídico proporcionar una salida para evitar que se sigan instrumentando estas conductas opresivas<sup>20</sup>.

Por otro lado, las causas legales y estatutarias de separación asumen una perspectiva *ex ante* de este derecho en el sentido de que la Ley o los estatutos prevén qué supuestos facultan al socio para ejercitarlo y salir de la sociedad antes de que esos supuestos tengan lugar. El art. 348 bis, por el contrario, presenta una configuración *ex post*, pues sólo puede ser calificado si concurre o no el supuesto de separación de forma sobrevenida, es decir, si se dan los requisitos previstos en la norma al caso concreto de no distribución de dividendos. En efecto, no toda negativa al reparto de los beneficios como dividendos da lugar al derecho de separación *ex art.* 348 bis sino únicamente aquellos casos en los que se dan los requisitos previstos en la norma.

Por último, las causas del art. 346 LSC se generan ante la adopción de un acuerdo por

---

Sambeat Sastre, JM. 2012. Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Diario La Ley. 7844:3, también considera el supuesto del art. 348 bis LSC incluido entre las causas legales de separación y sometido a la disciplina del art. 346 LSC. En el mismo sentido, Vela Torres, PJ. 2013. El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida. Derecho de los Negocios. 268:55.

19 González Castilla, F. pp. 315-316.

20 González Castilla, F. p. 316: “(...) mientras que el art. 348 bis permite la valoración del ejercicio correcto o abusivo del derecho (...), el resto de causas legales difícilmente pueden ser ejercitadas abusivamente, al plantearse como el contrapeso necesario al poder mayoritario de modificación de determinados aspectos esenciales del contrato social”; Iraculis Arregui, N. 2012. La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio. Revista de Derecho de Sociedades. 38:234: “En virtud de este precepto, la falta de distribución de dividendos al socio es una causa de separación, ya que este comportamiento hace ilusorio el primordial propósito del socio al ingresar en la sociedad, esto es, obtener unos beneficios de su inversión, esencialmente a través de los dividendos. Indudablemente, desde que entra a formar parte de la sociedad el socio mantiene una íntima relación con el lucro social, siendo el destino natural de los beneficios obtenidos por la sociedad su reparto entre los socios”.

mayoría de la Junta en el sentido de modificar los estatutos sociales mientras que el supuesto de hecho del art. 348 bis contempla la no adopción de un acuerdo por la Junta para distribuir los beneficios. Si bien es cierto que en ambos casos habrá manifestación de la voluntad social por mayoría, sea para alterar los estatutos sociales (art. 346 LSC) o sea para destinar el beneficio a un fin distinto del reparto de dividendos (art. 348 bis LSC), la Ley pone el acento en el “no acordar la distribución de dividendos”, es decir, que lo que legitima al socio para ejercitar el derecho de separación es el acuerdo de Junta frustrado frente al cual el socio ha votado a favor.

En conclusión, el supuesto de hecho previsto en el art. 348 bis LSC constituye una nueva causa legal de separación y debe situarse al mismo nivel que las previstas en el art. 346 LSC y, por referencia de este texto, en los preceptos de la LME, si bien se ubica en una norma distinta por la diferente naturaleza y fundamento del supuesto que hace surgir la facultad de la separación.

### III. NATURALEZA DEL DERECHO RECONOCIDO EN EL ART. 348 BIS LSC

Debemos poner de manifiesto que, a nuestro juicio, el art. 348 bis LSC no concede, en ningún caso, un derecho a un dividendo mínimo. Si bien la dicción literal de la norma es la que es, la interpretación debe ir más allá del mero sentido de las palabras ya que se debe tener en cuenta el ordenamiento jurídico dentro del cual se encuadra la norma. La LSC contempla exclusivamente un derecho abstracto del socio a participar en el reparto de las ganancias sociales, derecho que sólo se puede concretar a través del correspondiente acuerdo de la Junta General, único órgano competente para decidir sobre la distribución de un dividendo en nuestro Derecho de Sociedades. Desde esta perspectiva, podemos decir que lo que viene a conceder el art. 348 bis es un derecho al socio disidente, no viniendo en ningún caso a imponer una obligación a la sociedad<sup>21</sup>.

Desde un punto de vista formal, el derecho al beneficio sigue siendo un derecho abstracto pues el precepto en cuestión no ha venido a suprimir la competencia de la Junta General para decidir sobre la aplicación del resultado, aunque desde luego, se ha reforzado el derecho del socio a participar en las ganancias sociales. Cuando se celebre la Junta General que vaya a decidir sobre la aplicación del resultado del ejercicio, aquélla tendrá varias opciones disponibles: (i) distribuir como dividendo, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación; (ii) distribuir una cantidad menor a ese tercio del beneficio; o (iii) no distribuir nada. Se observa así cómo la Junta sigue siendo libre para ejercitar su competencia, si bien, frente a la actuación de este órgano, el socio afectado podrá ejercitar el derecho de separación. Como hemos defendido, el socio que haya votado a favor de la

21 González Castilla, F. p. 324. En contra se manifiestan, entre otros, Brenes Cortés, J. 2011. El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades. *Revista de Derecho de Sociedades*. 37:31-32; García Sanz, A. p. 63.

distribución de dividendos es titular de un derecho, siendo por tanto libre para ejercitarlo o no según su criterio. Por su parte, la Junta es también libre para tomar la decisión que desee en esta materia pero debe tener presente que su actuación podrá desencadenar la separación de uno o varios socios, aspecto que deberá valorar si quiere evitar las consecuencias que pueden surgir de tal proceder.

En definitiva, lo que el art. 348 bis LSC viene a hacer es limitar la discrecionalidad de la Junta a la hora de decidir la aplicación del resultado del ejercicio. Es cierto que el reconocimiento de un derecho de separación ante la falta de distribución de dividendos puede actuar como una medida de presión por las consecuencias patrimoniales que puede ocasionar pero la eficacia de la norma es precisamente esa: que la Junta, y sobre todo los socios mayoritarios, reflexionen acerca del resultado que tendría el no repartir dividendos pudiendo hacerlo por estar la sociedad perfectamente saneada y una vez atendidas las reservas legales y estatutarias, siendo este hecho constitutivo de una actuación abusiva que tendría como único objetivo oprimir a la minoría. El fin de esta norma, por tanto, no es conceder un derecho a un dividendo mínimo sino otorgar al socio un mecanismo de defensa ante el abuso de derecho que genera el no reparto de los beneficios sin una causa legítima, es decir, la expropiación del beneficio que tiene lugar y que no puede ser tolerada ni amparada por nuestro ordenamiento jurídico<sup>22</sup>.

La norma contemplada se presenta así como una medida que refuerza la posición del socio minoritario y que le permite enfrentarse a la tiranía desplegada por la mayoría a través

---

22 Iraculis Arregui, N. p. 235: “*El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales que configura la Ley no es un derecho al reparto anual de los beneficios, participando con esa regularidad en los mismos, en su totalidad o en parte, a través de los dividendos, por lo que no cabe admitir como supuesto de hecho del derecho de separación la exclusión del reparto anual, en nuestro ordenamiento, a partir del quinto ejercicio desde que la sociedad queda constituida. La sociedad es libre de decidir distribuir, en su totalidad o en parte, o retener y autofinanciarse, siempre que tal decisión no sea abusiva. Que sea natural repartir dividendos anualmente, en virtud del carácter lucrativo que suele justificar la constitución de sociedades de capital, es algo muy distinto a considerar que dicho reparto resulte legalmente obligatorio. La validez del acuerdo social contrario a la distribución de dividendos tiene, entre otros límites, el límite fundado en el ejercicio abusivo por la mayoría de su facultad de decisión en relación con la aplicación de los beneficios del ejercicio. El acuerdo abusivo de no distribución de dividendos es impugnabile con base en el instituto jurídico consagrado en el artículo 7.2 del Código Civil, al establecer que “la Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo”, y podría constituir un supuesto legal que otorga el derecho de separación, ya que estaríamos ante un comportamiento que hace opresiva la relación y por tanto inexigible para el socio permanecer en la sociedad. Por el contrario, no debería admitirse la separación en caso de simple falta de distribución de dividendos, como si rigiese una obligación de reparto a los socios de los beneficios conseguidos en el ejercicio corriente. En nuestro Derecho de sociedades no rige una obligación de total o parcial reparto y, además, el derecho de separación cumple una función de tutela del socio minoritario, por lo que resulta muy discutible apoyar una causa legal de separación en la defensa de un interés o expectativa, por muy legítima que sea, en atención a que una medida tan grave como el derecho de separación se ha de reservar para supuestos realmente trascendentes en los que pueda afirmarse que es inexigible al socio permanecer en la sociedad. Y aquí, es donde entra en juego el abuso de mayoría, como un criterio que objetiva la inexigibilidad de la permanencia en la sociedad. una aplicación concreta sobre cómo la mayoría abusa del socio minoritario la encontramos en el reiterado e injustificado no reparto de dividendos entre los socios, por lo que este supuesto sí podría encontrar cabida en la Ley como causa legal de separación, en sustitución del ya vigente caso de privación del dividendo”.* En contra, González Castilla, F. p. 324. Por nuestra parte, el derecho de separación del art. 348 bis LSC pretende “parchar” una manifestación de un problema mayor: el abuso de derecho realizado por los socios mayoritarios frente a los minoritarios. Si bien estamos de acuerdo con que lo que debería configurarse como causa legal de separación es el abuso de derecho en sí, no creemos que este primer paso dado por el legislador sea injustificado y discutible pues el no reparto de dividendos es una de las manifestaciones más claras de ese abuso de derecho subyacente y tiene la suficiente entidad como para ser merecedora de la protección dispensada por el derecho de separación.

del ejercicio del derecho de separación, el cual deberá ser utilizado conforme a los postulados de la buena fe para que no se produzca la inversión de la situación que el art. 348 bis pretende eliminar, esto es, que no se produzca bajo ningún concepto el paso desde el abuso de la mayoría al abuso de la minoría<sup>23</sup>. A nuestro juicio, el ejercicio bajo el paraguas de la buena fe del derecho de separación por falta de distribución de dividendos conlleva también la conciencia de la importante cantidad del beneficio que se distribuirá como dividendos y que podría poner a la sociedad de capital no cotizada contra las cuerdas al debilitarse su solvencia y su solidez financiera, pudiendo incluso entrar en concurso de acreedores<sup>24</sup>.

#### IV. CONDICIONES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN

##### 1. Transcurso de cinco ejercicios desde la inscripción en el Registro Mercantil

Lo primero que viene a establecer el art. 348 bis LSC es un límite temporal al precisar que el derecho de separación por falta de pago de dividendos sólo podrá ser ejercitado por los socios a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad. Este límite no hace referencia a que necesariamente hayan pasado cinco ejercicios sin que la sociedad haya procedido a repartir dividendos sino a que la sociedad lleve cinco ejercicios constituida e inscrita<sup>25</sup>.

En este sentido, se supone que en el cómputo de los cinco ejercicios deberá incluirse necesariamente el que se inicie desde la inscripción, el cual podrá ser inferior a 12 meses y tener, por tanto, un cierre abreviado. Además, la expresión “*a partir*” parece indicar que el quinto ejercicio queda incluido en el cálculo y, por extensión, sus resultados, los cuales serán aprobados por la Junta del ejercicio siguiente, esto es, del sexto ejercicio<sup>26</sup>. Así, y a pesar de la absoluta falta de claridad de este precepto, entendemos que el derecho de separación surgiría a partir del quinto ejercicio incluido, por lo que podrá ejercitarse tras la Junta ordinaria siempre que se hubieran obtenido beneficios en el ejercicio anterior, ya que es durante el quinto

23 García Sanz, A. p. 64; González Castilla, F. p. 324.

24 Pulgar Ezquerro, J. 2017. pp. 157 y ss.

25 Este hecho elimina el carácter antiopresivo que el legislador pretendía dar a la norma, en opinión de Silva Sánchez, MJ/ Sambeat Sastre, JM. p. 3; González Castilla, F. p. 331, establece que lo único que hace el art. 348 bis es establecer un plazo de vida, una fecha *ad quem* a partir de la cual puede aparecer el derecho de separación.

26 Esta interpretación se ve avalada por la Sentencia del Juzgado Mercantil número 9 de Barcelona de 25 de septiembre de 2013 y en este mismo sentido se manifiesta González Castilla, F. p. 331. No queda tan claro para Silván Rodríguez, F/ Pérez Hernando, I. p. 4: “*Sin embargo, la expresión “a partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil” suscita numerosas dudas. Si se considera que “a partir” incluye dicho quinto ejercicio, se podría colegir bien que se refiere a la junta ordinaria del quinto ejercicio (en la que se decide sobre la aplicación del resultado del cuarto), o bien a los resultados del quinto ejercicio (cuya decisión de distribución se adoptará en el sexto ejercicio). Por el contrario, si consideramos “a partir” como una expresión excluyente del quinto ejercicio, tendríamos que estar a los beneficios del sexto ejercicio, cuya decisión se tomaría en la junta del séptimo*”.

ejercicio cuando se decidirá la aplicación del resultado obtenido durante el cuarto ejercicio.

Por otra parte, este precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011, por lo que no resulta claro si se debe aplicar la norma respecto de los beneficios generados durante el ejercicio 2011 o en el 2012, ya que para el primer caso habría una aplicación retroactiva de la norma y todo ello en un contexto en el que no se cuenta con una disposición transitoria que regule la aplicación de este precepto para los casos de las sociedades ya existentes. Además, ¿qué ocurre para los casos de modificaciones estructurales? Parece no haber dudas para el caso de la transformación en tanto en cuanto en virtud de esta modificación estructural, la sociedad adopta un tipo social distinto pero conserva su personalidad jurídica, de tal suerte que el cómputo debería producirse desde la inscripción del tipo social primigenio<sup>27</sup>. Sin embargo, este extremo puede causar graves controversias para los casos de fusiones y escisiones. En el caso de la fusión, podemos entender que el cómputo se realizaría a partir del día de la inscripción de la constitución de la sociedad absorbente, si fuera fusión por absorción, o de inscripción de la fusión, en caso de hacerse mediante la creación de una nueva sociedad, y ello sobre la base de que acontece una disolución sin liquidación que responde a la necesidad de asegurar la continuación de las relaciones jurídicas preexistentes que se transmiten, sin sufrir modificación a su paso a la sociedad absorbente o a la nueva sociedad<sup>28</sup>. Semejante problemática conceptual de la personalidad jurídica tendríamos para el caso de que aconteciese una escisión o una segregación a una sociedad preexistente.

Sin duda, para evitar las dudas interpretativas puestas de manifiesto, hubiera sido más acertado referir el límite temporal al número de ejercicios sin distribución de dividendos, dado que así se conectaría la norma con una finalidad anti abusiva y de protección a la minoría al mismo tiempo que se concretaría la jurisprudencia existente sobre el momento a partir del cual se entiende que el no reparto de dividendos es abusivo<sup>29</sup>.

---

27 Sin embargo, se apunta en Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. p. 4, el caso de una cooperativa que se transforma en sociedad de capital, de tal forma que si se considera que la inscripción de la transformación es constitutiva, lo lógico sería computar los cinco ejercicios desde su inscripción.

28 Consideraciones vistas en Silván Rodríguez, F/Pérez Hernando, I. p. 5, donde se añade, además: “(...) mediante la fusión la sociedad absorbente (o de nueva creación) recibe e incorpora en su propia estructura interna la totalidad de las relaciones que giraban alrededor de la sociedad absorbida. Tal teoría podría servir de base para el minoritario cuya sociedad absorbida llevaba más de cinco años inscrita, y que ahora sin contar sin su consentimiento ha derivado en una absorbente de reciente inscripción, aunque resulta evidente que al carecer el argumento de reflejo positivo tendrá que ser fruto, en su caso, de construcción jurisprudencial”.

29 El abuso de derecho se caracteriza por la legalidad objetiva del derecho o facultad que se ejercita, la ilegitimidad subjetiva del fin perseguido, que reside en la intención de causar daño a otro y el daño a un interés no directamente protegido por una específica prerrogativa jurídica. Para el caso concreto del no reparto de dividendos observamos cómo existe una norma que permite la retención de dividendos (art. 273 LSC), cómo esa actuación causa daño a los socios minoritarios que no ven incrementado su patrimonio individual con cantidades que podrían repartirse como dividendos y cómo el daño que se les causa es injustificado en tanto en cuanto la retención de beneficios no pretende fortalecer el patrimonio de la sociedad sino dañar a los socios minoritarios (vid. García Sanz, A. p. 59). Podemos traer a colación los casos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, que consideró abusivo privar al socio minoritario, sin causa acreditada alguna, de su derecho a participar en

## 2. No acordar la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios legalmente repartibles derivados de la explotación del objeto social

Bajo esta condición lo que la norma establece es un límite cuantitativo para reconocer el derecho de separación al socio, esto es, que la Junta no acuerde la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social que sean legalmente repartibles.

Por lo que respecta a la cantidad en sentido estricto, “*al menos, un tercio*”, se ha criticado lo elevado de la cifra desde un punto de vista financiero, apuntándose además que, para los casos de entidades financieras no cotizadas, ese reparto puede ser contrario a los compromisos de Basilea III<sup>30</sup>. Así, que ese tercio establecido de forma rígida por el legislador sea una cantidad anual fija no parece justificado dado que un año la sociedad podría repartir una cantidad inferior a un tercio y al año siguiente una cuantía superior pero siempre con periodicidad anual. Por otro lado, es interesante reflexionar acerca de la duda consistente en que si siempre que se proceda a repartir un tercio de los beneficios de explotación queda excluida la posibilidad de que exista abuso de mayoría. En efecto, una sociedad que proceda a repartir cada año el tercio referido en el art. 348 bis LSC como dividendos y, al mismo tiempo, destine los dos tercios restantes o una cantidad similar a constituir reservas voluntarias injustificadas, sí que estaría, a nuestro juicio, cometiendo una actuación abusiva en la medida en que el socio estaría recibiendo un dividendo de una cuantía inferior a la posible al contar con reservas más que suficientes. En este caso, ¿podría el socio separarse por esta causa? En principio, tal y como está redactada la norma, no cabría la separación, debiendo seguir el socio

---

las ganancias sociales; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 21 de enero de 2011 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5ª) de 22 de diciembre de 2010, en las que se han declarado abusivas la retención sistemática de dividendos cuando existen reservas voluntarias suficientes que justifican que la empresa se encuentra saneada financieramente. En el mismo sentido se manifiestan las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) de 28 de noviembre de 2008 y de 27 de febrero de 2009 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª) de 7 de octubre de 2005, la cual declara que congelar ilimitadamente el reparto de los beneficios supone un daño grave para los intereses de la minoría con infracción del art. 7.2 del Código Civil, siendo el reparto de dividendos en una sociedad capitalista esencial por su propia configuración legal. En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de julio de 1994 no apreció abuso de la mayoría en una sociedad que aplicó el beneficio a reservas voluntarias cuando la sociedad contaba con reservas más que suficientes. De la misma manera, la Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 6 de junio de 2003 no consideró abusivo el acuerdo en el que se decidía imputar la totalidad de los resultados obtenidos a reservas voluntarias. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) de 13 de octubre de 2008 entendió que la retención no era abusiva al estar justificada por razones económicas.

30 Brenes Cortés, J. 2011. pp. 32-33: “*Entendemos que la cuantía es ciertamente considerable, y que dicho reparto constituye una importante descapitalización de fondos propios de la sociedad, circunstancia que puede perjudicar los intereses de los acreedores. Por ello, no alcanzamos a comprender cuál es la razón por la que el legislador ha establecido una cifra de reparto tan alta. A esto hay que unir la propia desinversión que el ejercicio del derecho de separación implica*”; Ibáñez García, I. 2012. La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas). Derecho de los Negocios. 263-264:24: “*De una parte, es inadecuada por excesivamente rígida, dado que los límites temporales (5 años) y proporcionales (mínimo de un tercio) impuestos por el legislador como máximos a la política de no reparto de dividendos (o como mínimos obligatorios en su reparto) son arbitrarios e inflexibles. (...) Especialmente en tiempos de crisis, en que el refuerzo de la solvencia de las sociedades es particularmente sensible, establecer una norma que obliga a las sociedades a repartir un tercio de sus resultados o enfrentarse a la separación forzosa de algunos de sus socios (potencialmente, cerca de la mitad) con la consiguiente reducción de sus reservas o de su capital, es particularmente contraproducente*”; González Castilla, F. p. 333, nota 50.

oprimido en esa sociedad a pesar de distribuir todos los años un tercio de sus beneficios<sup>31</sup>.

Por otro lado, el límite cuantitativo que estamos comentando se refiere a “*los beneficios propios de la explotación del objeto social (...) que sean legalmente repartibles*”. En este sentido, el beneficio de la explotación no tiene por qué coincidir con el beneficio repartible<sup>32</sup>. Con esta expresión, procedente del art. 128.1 LSC, la norma se refiere a las ganancias que procedan exclusivamente de la actividad ordinaria de la sociedad, dejando a un lado los beneficios extraordinarios o atípicos, y ello aunque las normas contables no permitan distinguir, en las partidas del balance, los resultados debidos a la explotación del negocio de otros extraordinarios o distintos de esa explotación, dificultándose así su cálculo<sup>33</sup>.

Como se observa, el art. 348 bis LSC se refiere al concepto de beneficios legalmente repartibles. En este sentido, el reparto de dividendos se hace sobre la base de los beneficios netos de la sociedad, es decir, una vez deducidos los impuestos correspondientes y excluidas, en todo caso, las reservas<sup>34</sup>. No obstante, la norma hace referencia a dos conceptos que claramente chocan entre sí. Por una parte, se refiere a los beneficios propios de la explotación del objeto social, que son los resultados sin considerar los estados financieros y, en todo caso, antes de aplicar el impuesto sobre sociedades y, por otra, establece los beneficios legalmente repartibles, es decir, beneficios netos, lo que nos lleva a dos resultados completamente diferentes arrojando los beneficios de explotación una cifra de reparto todavía mayor que los legalmente repartibles. De nuevo, dudas y quebraderos de cabeza en la aplicación del art. 348 bis LSC, que, además de

31 González Castilla, F. p. 334. Estas dudas se han manifestado *obiter dicta* en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011. El TS, tras reiterar que es constitutivo de abuso de derecho el privar al socio de su derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales sin una causa justificada, señala que esta solución podría ser cuestionada bajo el régimen del art. 348 bis al establecer unos límites precisos. Se concluye así que, pese a no poder aplicarse la norma por razones temporales, no puede proyectarse sobre el que contrató con la sociedad una retribución vinculada al reparto de beneficios en la medida en que, en otro caso, dejaría al arbitrio de la contraparte la eficacia de lo pactado, siendo esto contrario a lo estipulado en el art. 1256 CC. Véase igualmente Vela Torres, PJ. p. 58.

32 Garrigues, J/Uriá, R. p. 398: “(...) *el beneficio en sentido jurídico mercantil no ha de coincidir necesariamente con el beneficio de la explotación. Puede un año haber beneficio en la explotación y no haber beneficio repartible; y, al contrario, puede haber beneficio repartible sin que la explotación en aquel año haya producido beneficio (...). El beneficio en la sociedad anónima es un beneficio del patrimonio más que un beneficio de la explotación, aunque ambos aspectos estén íntimamente ligados, ya que todo beneficio de explotación se traduce siempre en un aumento patrimonial que llegará a constituir beneficio en sentido jurídico cuando eleve el activo por encima del nivel del pasivo, entendiéndose por este tanto el exigible como el no exigible (indisponible)*”.

33 García Vicente, JR. 2011. Artículo 128. Reglas de liquidación del usufructo. In Rojo A/Beltrán, E. Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital. Cizur Menor. p. 1027. Además, algunos autores han acudido a la contabilidad y han precisado que los resultados de la explotación son aquéllos antes de aplicar los resultados financieros y el impuesto sobre los beneficios societarios (*vid.* Silván Rodríguez, F/Pérez Hernando, I. 2012. Derecho de separación y dividendos: El controvertido artículo 348 bis LSC. Diario La Ley. 7813:5). Asimismo, Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. p. 4, señala: “*Recordemos que con la reforma contable se eliminó la distinción entre resultados ordinarios y extraordinarios, por lo que la locución que utiliza el art. 348 bis LSC puede dar lugar a problemas de interpretación*”.

34 Véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 1 de marzo de 2018: “*Que los beneficios sean legalmente repartibles. Es decir, una vez deducidos los impuestos correspondientes y excluidas, en todo caso, las reservas legales y estatutarias. Sobre este particular, cabe citar la sentencia dictada por este mismo juzgado en fecha 25/9/2013 según la cual: “Se podrán no repartir beneficios cuando se justifique en una limitación legal, como por ejemplo, en la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias. El reparto de dividendos debe producirse en el momento en que la empresa ha hecho frente a todos sus gastos financieros y ha satisfecho los impuestos”*”.

las dudas anteriormente descritas, no dice nada acerca de la posibilidad de acordar dividendos en especie, por ejemplo<sup>35</sup>. Sin embargo, creemos que la expresión “*los beneficios propios de la explotación del objeto social (...) que sean legalmente repartibles*” hace referencia a que no se computarán los ingresos que no provengan de la actividad social pero no a que la base del cálculo no deban ser los resultados netos, es decir, una vez descontados los impuestos y excluidas las reservas<sup>36</sup>. En cualquier caso, la redacción es desafortunada por los problemas de interpretación que suscita y la alta litigiosidad que generará el precepto.

Así, dados los problemas interpretativos que la dicción literal de la norma puede generar, sería conveniente la introducción de una cláusula estatutaria en la que, sin perjudicar el derecho concedido, se intentase determinar con mayor precisión el concepto de beneficios propios de la explotación del objeto social para evitar así el déficit de seguridad jurídica<sup>37</sup>.

### 3. Voto favorable a la distribución de beneficios por parte del socio

El art. 348 bis LSC establece claramente que el legitimado para ejercitar el derecho de separación es “*el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales*”. En este sentido, la norma parte de un comportamiento activo por parte del socio en el sentido de votar a favor pero, a nuestro entender, parece evidente que el socio también podrá hacer uso de este derecho en caso de que haya votado en contra de la aplicación del resultado decidido mayoritariamente por la Junta, sin necesidad de que exista una votación específica para decidir sobre el pago de dividendos<sup>38</sup>. Lo importante, en cualquiera de los casos, es que quede clara la postura del socio a favor de la distribución de dividendos, sea emitiendo un voto favorable al reparto o uno contrario a la aplicación del resultado a partidas distintas del pago de dividendos, siendo recomendable, para este último caso, que el socio exigiera que constase en el acta de la Junta su disconformidad con el destino de los beneficios aprobados y su intención favorable al reparto de dividendos a los efectos de ejercitar el derecho que le asiste *ex art. 348 bis LSC*. Sin embargo, la norma es clara en este punto por lo que habrá que esperar a ver cómo la aplican los órganos jurisdiccionales<sup>39</sup>.

35 Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. p. 4, donde los autores, después de decir que la expresión “legalmente repartibles” genera confusión, lanzan las siguientes cuestiones: ¿Se refiere al beneficio del ejercicio o al beneficio repartible? ¿Incluye las reservas disponibles? ¿Y los resultados de ejercicios anteriores?

36 González Castilla, F. p. 335. Así, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona de 25 de septiembre de 2013 establece: “*Entiendo, por tanto, que la indicada expresión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad y que excluye, entre otros supuestos, los beneficios extraordinarios y las plusvalías susceptibles de ser reflejadas en la contabilidad*”.

37 Silván Rodríguez, F/Pérez Hernando, I. p. 5.

38 En este mismo sentido, González Castilla, F. p. 335.

39 Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. p. 4: “*Como requisito para el ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendos, el precepto obliga a los minoritarios a votar “a favor de la distribución de beneficios”. Sin embargo, la interpretación y aplicación de este requisito se topa con una dificultad práctica: es frecuente que, en el contexto de aplicación de este precepto, el punto de la propuesta de acuerdos para la junta general ordinaria relativo a la aplicación del resultado no incluya distribución de dividendo alguna, sino que propondrá su íntegra aplicación a reservas, por lo que los accionistas minoritarios no podrán votar a favor de ninguna propuesta de distribución de beneficios; solo podrán votar*

Mas ¿qué sucedería si no hay cuentas anuales aprobadas porque el órgano de administración no ha procedido a convocar la Junta General Ordinaria? En este caso, lo primero que tiene que hacer el socio es instar judicialmente la convocatoria de la Junta tal y como permite el art. 169.1 LSC para que, tras la aprobación de las cuentas anuales, se pueda pasar a votar la aplicación del resultado obtenido en el ejercicio anterior.

Otro problema relacionado con el voto es el de qué ocurre con los socios sin voto en tanto en cuanto el art. 348 bis LSC no se pronuncia sobre este extremo como sí hace el art. 346 LSC<sup>40</sup>. En efecto, el art. 346 LSC concede el derecho de separación a los socios que no hayan votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto. En la medida en que tanto lo recogido en este precepto como lo contenido en el art. 348 bis LSC constituye causa legal de separación, podemos interpretar, y sería lógico hacerlo, que los socios sin voto también podrán ejercitar el derecho de separación por falta de reparto de dividendos, si bien hubiera sido deseable una mención expresa en tal sentido<sup>41</sup>. Además, en apoyo de nuestra interpretación, podemos traer a colación lo previsto en el art. 99.1 LSC, ya que, además de tener derecho al dividendo mínimo establecido estatutariamente, los socios sin voto tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias, lo que muestra que podrán separarse si no se les reparte, al menos, un tercio de los beneficios de explotación *ex art. 348 bis LSC*, tal y como pueden hacer los socios ordinarios.

Finalmente, para los casos en los que la mayoría lleve a cabo actuaciones destinadas a reducir o eliminar el beneficio del ejercicio con carácter previo a la aprobación de las cuentas anuales y a la decisión acerca de la aplicación del resultado del ejercicio, el socio podrá impugnar primeramente el acuerdo de Junta que apruebe esas cuentas para, posteriormente, ejercitar el derecho de separación<sup>42</sup>.

---

*en contra de su íntegra aplicación a dotación de reservas. Ello obligará a interpretar este voto en contra como equivalente a un voto a favor de la distribución de beneficios sociales, lo cual supone añadir una dificultad más a un contexto que suele ser conflictivo, por lo que es muy probable que esta interpretación deba realizarse en sede judicial. En cualquier caso, debe entenderse que el ejercicio de este derecho requiere un previo voto en contra de la aplicación del beneficio del ejercicio a dotación de reservas que conste en acta”; Silván Rodríguez, F/Pérez Hernando, I. p. 4: “Puede darse el caso de que los administradores no incluyan la distribución como orden del día, sino tan solo su destino a reservas. En tal caso el minoritario votaría en contra, por lo que puede que el juzgador equiparase el voto contrario al voto favorable al que se refiere la Ley siempre y cuando se dejase constancia en el acta de la voluntad del disidente a favor del reparto”; García Sanz, A. pp. 66-67; Vela Torres, PJ. pp. 57-58.*

40 Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. p. 4.

41 No mantienen esta misma interpretación García Sanz, A. p. 67, quien considera que los titulares de acciones o participaciones sin voto no están legitimados para ejercitar este derecho salvo que adquieran el derecho de voto en determinadas circunstancias (arts. 99.3 y 100.2 LSC). En estas situaciones, los titulares sin voto podrán estar legitimados para ejercer el derecho de separación si votan a favor del reparto de dividendos en el respeto a las condiciones preestablecidas en el art. 348 bis LSC; Rodas Paredes, P. p. 103, mantiene que la esencia de las acciones o participaciones sin derecho de voto es la garantía de la protección de los derechos económicos de sus titulares, razón por la que estos socios no podrían separarse alegando la causa del art. 348 bis LSC al estar ya garantizados sus derechos económicos.

42 González Castilla, F. p. 336. Por ejemplo, es interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2011 en un supuesto donde los beneficios recogidos en las cuentas de la sociedad eran muy inferiores a los reales. En este sentido, recoge la sentencia: “(...) mediante acuerdos adoptados por el grupo familiar mayoritario de accionistas, viene vulnerando

## V. LA SEPARACIÓN POR JUSTA COMO RETO DEL DERECHO MERCANTIL

Una de las bondades que ha tenido el art. 348 bis LSC, y que conviene destacar en nuestra opinión, es haber puesto sobre el tapete la necesidad de que se articule un sistema de protección a los socios minoritarios frente a cualquier situación que genere opresión, no siendo este precepto aplicable únicamente al caso de que no se distribuya como dividendo, al menos, un tercio de los beneficios de la actividad ordinaria, sino que aquel constituye la expresión de un principio general de protección del socio minoritario frente a los incumplimientos esenciales del contrato de sociedad<sup>43</sup>. Por esta razón, ciertos sectores de la doctrina vienen reclamando el establecimiento del derecho de separación por justa causa como vía de tutela de los socios ante cualquier tipo de comportamiento abusivo<sup>44</sup>.

A diferencia de otros sistemas jurídicos continentales, como el suizo o el alemán, nuestro ordenamiento no contempla aun la posibilidad de los “*justos motivos*” como causa de separación para las sociedades de capital<sup>45</sup>. El sistema elegido por la LSC consiste en dar unos supuestos tasados de lo que se considera incumplimiento esencial del contrato social (causas legales), así como la posibilidad de que los socios configuren estatutariamente los motivos que pueden dar lugar al ejercicio del derecho de separación (causas estatutarias)<sup>46</sup>. Sin perjuicio de esta última posibilidad, los socios no pueden prever absolutamente todos los supuestos que pueden acontecer a futuro y que deben ser necesariamente asociados a la activación de este mecanismo de protección, razón por la que el sistema no puede ser eficiente. La ventaja que tendría el establecimiento de una cláusula general por justa causa sería precisamente evitar que supuestos importantes quedasen fuera de la Ley y, por tanto, sin

---

*sistemáticamente el derecho de información de los accionistas demandantes-recorridos en un punto que afecta de modo esencial a la cuentas e imagen fiel del patrimonio social. La consecuencia de este comportamiento global es que, al arrastrarse indefinidamente presuntas deudas sociales de ejercicio en ejercicio, los beneficios formalmente reflejados en las cuentas de la sociedad sean probablemente muy inferiores a los reales, repercutiendo así en el acuerdo de aplicación de resultado y, consecuentemente y de forma negativa, en el derecho de los demandantes-recorridos a participar en las ganancias sociales o derecho al dividendo. Como declaró la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2005, si bien este derecho “no es un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues aparte de las reservas legales se pueden constituir otras de carácter voluntario”, no cabe “privar al socio minoritario, sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática”, pues semejante actuación se presenta como “abusiva, que no puede obtener el amparo de los tribunales”*”.

43 Vázquez Lépinette, T. 2012. La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas. *Revista de Derecho Mercantil*. 283:184.

44 Vázquez Lépinette, T. p. 181: “*La jurisprudencia considera que existe justa causa si existe un desacuerdo profundo y permanente que impide de hecho cualquier colaboración ulterior entre los socios. No es necesario que proceda de un comportamiento doloso, pero es necesario que sea imputable al socio frente al que se ejercita el derecho de compra forzosa*”.

45 El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil español, aún en tramitación parlamentaria, reconoce en su art. 271-1 el derecho de separación por justa causa para toda clase de sociedades mercantiles.

46 La tipificación legal de las causas de separación resulta insuficiente y hasta incongruente. Así, véase las críticas sobre esta situación en Alfaro Águila-Real, J. 1996. Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada). *Revista de Derecho Mercantil*. 222:1133. Además, en Viera González, AJ. 2002. Las Sociedades de Capital Cerradas. Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL. *Cizur Menor*. pp. 67-68, se parte de la idea de que los supuestos previstos legalmente no cubren por sí solos el problema de la protección del socio minoritario.

protección del ordenamiento, constituyendo esta aspiración, sin duda, unos de los retos que presenta hoy día el Derecho Mercantil<sup>47</sup>.

Sin embargo, si bien la separación por justos motivos no aparece regulada para las sociedades de capital, no podemos decir que nuestro Derecho de Sociedades desconozca esta posibilidad completamente, en tanto en cuanto la justa causa de separación está prevista en el art. 13 de la Ley de Sociedades Profesionales y art. 15 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico. Por ello, no siendo una novedad en nuestro sistema legal, no alcanzamos a comprender la razón por la que no se extiende este sistema a las sociedades de capital y, más aún, a las sociedades de capital cerradas. Se trataría de que los socios pudieran ampararse en la existencia de justos motivos para separarse de una sociedad de capital cerrada, siempre y cuando la relación societaria hubiera devenido intolerable y el conflicto intrasocietario existente no pudiera resolverse de ninguna otra forma<sup>48</sup>.

Así, por justa causa de separación podemos entender cualquier comportamiento o circunstancia concurrente que haga que la permanencia en la sociedad no pueda ser exigida a ningún socio y, además, que no exista ningún otro remedio para solucionar la situación a la que aquel se está enfrentando<sup>49</sup>. Este otro remedio consistiría en la posibilidad de transmitir la condición de socio, lo cual es relativamente sencillo en las sociedades abiertas pero no lo es tanto en las cerradas por la configuración que las mismas presentan. De esta forma, al no poder los socios vender libremente sus acciones o participaciones ni poder ejercitar la denuncia propia de las sociedades de personas, el único remedio que parece poder esgrimirse es el ejercicio de la separación. Si la circunstancia que hace que la permanencia en la sociedad de capital sea inexigible no aparece dentro del catálogo de las causas legales o estatutarias de separación, ¿qué solución tiene el socio? Claramente la regulación legal es insuficiente y los supuestos legales muy restrictivos<sup>50</sup>.

Además, el principio de denunciabilidad de las relaciones duraderas, esto es, la idea de que nadie puede quedar vinculado eternamente, quedaría vulnerado en el supuesto de hecho que estamos barajando, siendo por tanto este principio y la posibilidad de desengancharse

---

47 Martínez Sanz, F. p. 44.

48 Martí Miravalls, J. 2010. La ampliación del derecho de separación del socio en las sociedades de capital cerradas. In Hierro Anibarro, editor. Simplificar el Derecho de Sociedades. Madrid. p. 496.

49 Alfaro Águila-Real, J. 1996. pp. 1100, 1113-1114: “*Constituyen justos motivos de separación, a nuestro juicio, dos conjuntos de circunstancias. En primer lugar, la adopción por la sociedad de medidas que modifiquen la situación jurídica y económica del socio en una forma que su aceptación no resulte exigible para el socio. En segundo lugar, y la existencia de un conflicto permanente y duradero entre mayoría y minoría cuyo origen se encuentre en el comportamiento antiestatutario o ilegal de la mayoría*”; Fernández del Pozo, L. p. 280: “*Suele entenderse que constituye justa causa cualesquiera incumplimientos graves de las obligaciones sociales aunque sean incumplimientos parciales o no reiterados y aunque tales incumplimientos no sean culpables o dolosos. No sólo eso: se entiende que, en general, procede reconocer justa causa para la separación en todas aquellas situaciones en que deba convenirse en la inexigibilidad de la permanencia del socio dentro de la sociedad*”; Martínez Sanz, F. p. 34.

50 Alfaro Águila-Real, J. 1996. p. 1113.

de una relación pensada como permanente cuando existen razones justas para ello (denuncia extraordinaria), uno de los argumentos esenciales para aceptar el derecho de separación por justa causa<sup>51</sup>. Por tanto, los principales argumentos a favor de la separación por justos motivos son la presencia del principio de denunciabilidad y la denuncia extraordinaria en nuestro sistema jurídico así como el reconocimiento de los justos motivos en los casos de las sociedades profesionales y las agrupaciones de interés económico.

Frente a los que apoyan la existencia de la justa causa de separación se alzan aquellos que sostienen que esta cláusula general no es posible sencillamente porque la Ley no lo prevé así<sup>52</sup>. Además existe el llamado *prejuicio ideológico*, consistente en que el legislador se ha dejado llevar excesivamente por el modelo de derecho de separación construido para el caso de la sociedad anónima abierta<sup>53</sup>. Se trata éste de un escenario en el que, al poder el socio liquidar su inversión inmediatamente mediante la venta de sus acciones, el derecho de separación adopta un carácter meramente residual y objetivo anudado a específicas modificaciones estatutarias. Por el contrario, en las sociedades cerradas el derecho de separación adopta un papel fundamental como mecanismo de defensa de los socios minoritarios en aquellos casos en los que tenga lugar una modificación sustancial de los elementos esenciales del contrato de sociedad, abarcando esta categoría tanto los supuestos de modificación estatutaria como los comportamientos que hacen opresiva la relación y por tanto inexigible para el socio permanecer en ella.

Un socio querrá abandonar la sociedad cuando tengan lugar conflictos o enfrentamientos entre socios, fundamentalmente entre mayoría y minoría, pudiendo esos conflictos venir por la vía de las modificaciones estatutarias o motivados por otras circunstancias no previstas en la Ley o en los estatutos. En estos casos, el socio sólo tiene abierta la vía de la impugnación judicial de los acuerdos, no pudiendo separarse en las situaciones graves que hacen que su permanencia en la sociedad sea a todas luces insoportable. Pero es que, además, habrá casos en los que concurriendo una de las modificaciones estatutarias previstas en el art. 346 LSC no pueda el socio ejercitar este derecho porque tal modificación no encaje en el supuesto de hecho previsto por la norma. Pensemos, por ejemplo, en una modificación *de hecho* del objeto social, extremo no previsto en el art. 346.1 a) LSC. Todos estos problemas, y otros muchos, se solucionarían mediante el reconocimiento del derecho de separación por justos motivos.

51 González Castilla, F. pp. 306-307; Alfaro Águila-Real, J. 1996. p. 1108-1115. En contra, Fernández del Pozo, L. p. 279 y ss.

52 Martínez Sanz, F. pp. 104-106, nota 124, donde el autor pone de manifiesto que si el legislador hubiera querido dejar la puerta abierta a la cláusula general de separación por justos motivos lo habría hecho expresamente. Además señala que ¿de qué serviría la enumeración de las causas legales si existiera esta cláusula general de separación con independencia de que el motivo se haya previsto o no en los estatutos? Por su parte, Alonso Ledesma, C. pp. 105-106, considera que en el sistema legal español no cabe establecer una cláusula estatutaria de separación por justos motivos pues no se acomodaría al art. 347 LSC.

53 Expresión utilizada en Alfaro Águila-Real, J. 1996. pp. 1130 y ss.

A favor de la introducción de los justos motivos en nuestro Derecho de las sociedades de capital hemos de precisar que existen ciertos precedentes en nuestra jurisprudencia apoyando la justa causa de separación, además del reconocimiento legal que ya existe para las sociedades profesionales y las agrupaciones de interés económico. En concreto, nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997, en la que se consideró procedente la pretensión de separación voluntaria esgrimida por un socio en el que concurría justa causa, declarando que la inexistencia de un expreso reconocimiento de ese derecho en la Ley no constituía un obstáculo decisivo para su admisibilidad<sup>54</sup>.

Por tanto, con base en lo hasta ahora dicho, no parece forzado extraer la existencia de un principio de justa causa de separación no escrito, de tal forma que la falta de previsión legal y estatutaria no debería ser óbice para impedir al socio separarse de la sociedad cuando, sin tener posibilidad de resolver el conflicto existente a través de otro mecanismo de resolución, se produzca el acaecimiento de un hecho de una gravedad tal que resulte inexigible para el socio seguir vinculado a la sociedad. Además este principio de justa causa de separación será especialmente necesario en las sociedades cerradas, organismos en los que por su configuración particular el socio minoritario carece de la debida tutela a través de las causas legales de separación. Si bien el socio dispone de la posibilidad de añadir causas estatutarias de separación, las capacidades humanas de previsión no son infinitas, pudiéndose escapar, como de hecho sucede, multitud de supuestos sin incorporar y continuando el socio en esa situación de desprotección primigenia.

En este sentido, partiendo de la posibilidad que tienen los socios de introducir causas de separación en los estatutos que los rigen, cabría en nuestra opinión la lícita configuración estatutaria de un derecho de separación por justa causa, procediendo ésta cuando aconteciesen “importantes motivos” o “infracciones reiteradas y graves del deber de fidelidad entre los socios”<sup>55</sup>. Esta cláusula obligaría a respetar los deberes de lealtad y fidelidad del socio, ya no sólo frente a la sociedad, sino también frente a los consocios, de tal forma que si estos últimos son infringidos por la mayoría sería posible reconocer el derecho del socio afectado a separarse de la sociedad cuando por exigencias de la buena fe no resulte exigible al socio su continuación en la sociedad.

54 Para un comentario sobre esta sentencia, véase Echebarría Saenz, JA. 1997. El derecho de separación del socio en la SRL (comentario a la STS de 10 de febrero 1997). Revista de Derecho de Sociedades. 9:390-402.

55 Fernández del Pozo, L. p. 280: “A pesar de la dicción literal del RRM cuando exige la determinación concreta y precisa de las causas estatutarias de separación (cfr. Art. 207.1 RRM), la mejor doctrina es del parecer que ello no significa un obstáculo para su admisibilidad so pretexto del carácter genérico o impreciso”. Vid. la bibliografía citada por el autor en esa nota de su trabajo.

## Bibliografía

- Alcalá Díaz, MA. 1997. *El conflicto de intereses socio-sociedad en las sociedades de capital*. Revista de Derecho de Sociedades. 9:89 y ss.
- Alfaro Águila-Real, J. 1995. *Interés social y derecho de suscripción preferente*. Madrid. p. 23.
- \_\_\_\_\_. 1996. *Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)*. Revista de Derecho Mercantil. 222:1133.
- \_\_\_\_\_. 2005. *Los problemas contractuales en las sociedades cerradas*. Indret: Revista para el análisis del Derecho. 4:3.
- Alonso Ledesma, C. 2013. *La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios*. Revista de Derecho Mercantil. 287:91.
- Brenes Cortés, J. 1999. *El derecho de separación del accionista*. Madrid.
- \_\_\_\_\_. 2011. *El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades*. Revista de Derecho de Sociedades. 37:31-32.
- \_\_\_\_\_. 2017. *El derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos: la entrada en vigor del controvertido artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital*. Revista de Derecho Mercantil. 305:50 y ss.
- Cañabate Pozo, R. 2017. *La defensa del socio minoritario por falta de distribución de dividendos*. Revista de derecho de Sociedades. 50:171 y ss.
- Carlón, L. 1978. *Reflexiones sobre la tutela de la minoría en la Sociedad de responsabilidad limitada*. In Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría. Madrid. pp. 83-84.
- Echebarría Saenz, JA. 1997. *El derecho de separación del socio en la SRL (comentario a la STS de 10 de febrero 1997)*. Revista de Derecho de Sociedades. 9:390-402.
- Emparanza, A. 2011. *Artículo 346. Causas legales de separación*. in Rojo, A, Beltrán, E, editors. Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital. Cizur Menor.
- Farrando Miguel, I. 1998. *El derecho de separación del socio en la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*. Madrid.
- Fernández del Pozo, L. 2006. *La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por “justa causa” en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005*. Revista de Derecho de Sociedades. 26:269-272.

García Morales E/Jiménez López, L. 2018. ¿Es compatible el artículo 348 bis con las restricciones al reparto de dividendos previstas en determinados contratos de financiación? *Diario La Ley*. 9150:1-13.

García Sanz, A. 2012. *Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*. *Revista de Derecho de Sociedades*. 38: 55-71.

García Vicente, JR. 2011. *Artículo 128. Reglas de liquidación del usufructo*. In Rojo A/ Beltrán, E. *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor.

Garrigues, J/Uriá, R. 1953. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo II. Madrid.

Ginés Castellet, N. 2013. *Impugnación de acuerdos sociales y abuso de derecho: algunas reflexiones para el ordenamiento jurídico español a la luz de la experiencia francesa*. *Revista de Derecho de Sociedades*. 40: 274 y ss.

Girón Tena, J. 1952. *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*. Valladolid.

González Castilla, F. 2012. *Reformas en materia de separación y exclusión de socios*. In Farrando Miguel, I, González Castilla, F, Rodríguez Artigas, F, editors. *Las reformas de la Ley de Sociedades de Capital*. Cizur Menor.

Hernando Cebriá, L. 2011. *Del socio de control al socio tirano y al abuso de la mayoría en las sociedades de capital*. *Revista de Derecho de Sociedades*. 37:173-205.

Iraculis Arregui, N. 2012. *La separación del socio sin necesidad de justificación: por no reparto de dividendos o por la propia voluntad del socio*. *Revista de Derecho de Sociedades*. 38:234.

Martí Miravalls, J. 2010. *La ampliación del derecho de separación del socio en las sociedades de capital cerradas*. In Hierro Anibarro, editor. *Simplificar el Derecho de Sociedades*. Madrid. p. 496.

Martínez Calcerrada, L. 1979. *La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos*. *Revista de Derecho Privado*. 1979:434 y ss.

Martínez Muñoz, M. 2015. *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital y su regulación en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*. *CEF Legal: Revista Práctica de Derecho*. 175-176:29-34.

Martínez Sanz, F. 1997. *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*. Madrid. pp. 3-4.

Motos Guirao, M. 1956. *La separación voluntaria del socio en el Derecho Mercantil español*. *Revista de Derecho Notarial*. 11:81-83.

- Pulgar Ezquerro, J. 2013. *Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. 129:29-34.
- \_\_\_\_\_. 2017. *Reparto legal mínimo de dividendos: protección de socios y acreedores (solvency test)*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil. 147:143-144.
- Paz-Ares, C. 2006. *La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad*. In Uría, R, Menéndez, A. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Cizur Menor.
- Rodas Paredes, P. 2013. *La separación del socio en la Ley de sociedades de capital*. Madrid.
- Sánchez Ruiz, M. 2000. *Conflictos de Intereses entre Socios en Sociedades de Capital*. Elcano.
- Sequeira Martín, A. 2011. *Derecho de separación y la exclusión del socio*. Revista de Derecho de Sociedades. 36:190.
- Silva Sánchez, MJ/Sambeat Sastre, JM. 2012. *Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital*. Diario La Ley. 7844:3.
- Vázquez Lépinette, T. 2012. *La separación por justa causa tras las recientes reformas legislativas*. Revista de Derecho Mercantil. 283:184.
- Velasco Alonso, A. 1976. *El derecho de separación del accionista*. Madrid.
- Vela Torres, PJ. 2013. *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida*. Derecho de los Negocios. 268:55.

## **SOBRE O AUTOR:**

**Miguel Martínez Muñoz**

Profesor de Derecho Mercantil en Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE

# AS DISCRIMINAÇÕES NO PROCESSO PENAL

---

DISCRIMINATION IN CRIMINAL TRIALS

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# AS DISCRIMINAÇÕES NO PROCESSO PENAL<sup>1\*</sup>

## DISCRIMINATION IN CRIMINAL TRIALS

---

**PASQUALE BRONZO**

Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

pasquale.bronzo@uniroma1.it

<http://www.digef.uniroma1.it/ricercatore/bronzo>

<https://orcid.org/0000-0002-9374-2235>

---

**Resumo:** o texto aborda a discriminação de algumas pessoas, notadamente os imigrantes, no que respeita à administração do sistema penal e processual penal. Tal modo de pensar altera a forma pela qual tais pessoas são tratadas pelo Estado, que parte do pressuposto de que são predispostas a delinquir, levando mais à punição pela pessoa do que pela gravidade do fato, perpassando pelos próprios institutos processuais que se aplicam ao caso, tais como a prisão cautelar, um procedimento despido de formalidades e a menor aplicação de sanções alternativas.

**Palavras-chave:** discriminação, imigrantes, sistemas penal e processual penal

**Abstract:** the text addresses the discrimination of some people, especially immigrants, with regard to the administration of the criminal and criminal procedure system. Such a way of thinking changes the way in which such persons are treated by the State, which is based on the assumption that they are predisposed to commit a crime, leading to more punishment by the person than by the gravity of the fact, passing through the procedural institutes themselves which apply to the case, such as the precautionary prison, a procedure without formalities and the lower application of alternative sanctions.

**Keywords:** discrimination, immigrants, criminal and criminal procedural systems

### Nota introdutória à versão brasileira

Em sociedades e épocas em que há fortes problemas de pobreza (devido a recessões econômicas, por exemplo) ou fortes problemas de marginalidade social (devido a migrações em massa, por exemplo), um grave perigo é que o direito penal e a justiça penal em vez de reduzir as desigualdades entre as pessoas, como seria natural, elas determinam seu

---

1 \* Intervenção na Conferência 'Igualdade e discriminações' («Uguaglianza e discriminazioni»), Sapienza Università di Roma, já publicado em *Critica del diritto*, Esi, 2017, f. 1., p. 186 ss. Traduzido por Bruno Cunha Souza, mestrando em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, bolsista na modalidade Taxa da CAPES/PROEX.

agravamento. A análise que se segue diz respeito à Itália, mas é válida até mesmo para a realidade brasileira. Apesar de não haver ainda estudos sistemáticos indicando distorções do tratamento processual e penal do imigrante legal ou ilegal no Brasil, a criminalidade ordinária que aflige os povos, especialmente sul-americanos que vivem no Brasil para fugir de crises, pobreza ou violência, é já identificada como um problema à parte. A reflexão sobre os riscos de discriminação e perseguição a estrangeiros revelados pelos teóricos do processo na Itália, assim como em outros países da Europa, oferece um intercâmbio necessário para que os juristas nacionais tenham referências ao lidar com a imigração, especialmente em massa, a exemplo do recente caso das imigrações de venezuelanos na região norte do país, sem perder de vista também as diferentes realidades regionais no Brasil.

### 1. «*Classes perigosas*».

Quero falar-vos sobre discriminações e de processo penal. Parece-me que a questão mais séria de discriminação diz respeito, hoje, às pessoas imigrantes. Não me refiro às normas penais processuais ou substanciais em si, a como estão escritas e estruturadas, mas a como elas ‘vivem’, naquilo que Luigi Ferrajoli chama de “subsistema penal de polícia”<sup>2(NT)</sup> – tipo penal (*fattispecie*) que vincula efeitos jurídicos não a um fato ou a um comportamento, mas a um *status* subjetivo; normas que não proibem de agir de certa maneira, mas que proibem de ser de determinado modo<sup>3</sup>.

Neste subsistema, uma série de pré-conceitos (*schemi presuntivi*) sobre os imigrantes – ‘geradores de insegurança’, em razão da associação que comumente se faz entre imigração e criminalidade – condicionam os mecanismos processuais e, em geral, as decisões penais. Generalizações como essas, segundo as quais ‘os imigrantes tendem a delinquir’, contribuem para construir uma realidade, que alimenta uma atividade processual baseada em pré-conceitos dificilmente superáveis. Até mesmo os defensores, em última análise, participam dessa consciência dada por descontada e, com base nela, orientam as próprias estratégias defensivas: quando o advogado deve decidir quantos recursos empregar na defesa do assistido, aqueles pré-conceitos pesam; quanto mais ele está convencido que o crime imputado apresenta caráter de ‘normalidade’ em relação à pessoa a ser julgada, maior a probabilidade de que a sua defesa se reduza a uma presença formal, e que se sirva de fórmulas defensivas de estilo sem ativar nenhum recurso processual particular.

Essa incidência de pré-conceitos coloca em crise não apenas o princípio da legalidade,

2 <sup>(NT)</sup> A expressão escolhida também foi adotada na tradução de Fauzi Hassan Chouckr em: L. Ferraioli, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 704 ss.

3 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 795 ss.

mas também o princípio da jurisdicionariedade estrita, tão precioso em matéria penal, em detrimento da atenção que um sistema de justiça ‘cognitivo’ deveria dar à verificação dos fatos que constituem crime segundo a lei penal.

Há algum tempo, um amigo me aconselhou a ler um trabalho de Giuseppe Campesi, um sociólogo que analisou – empiricamente, estudando dados estatísticos e entrevistando os operadores – um particular segmento do nosso sistema judicial penal que exemplifica muito bem esse “subsistema penal”, formulando observações interessantes sobre os processos de construção simbólica da criminalidade que hoje gostaria de transmitir-vos. O estudo analisava as dinâmicas dos processos por diretíssima – em todas as fases em que isso se compõe: prisão, convalidação da prisão, aplicação de uma medida cautelar, escolha dos ritos alternativos, julgamento, imposição de pena, execução de condenação – descrevendo como ser uma pessoa em certa medida “perigosa”, ou, melhor, pertencer a «classes perigosas», acaba por tornar-se o pressuposto de uma punição, uma espécie de «infrapenalidade»<sup>4</sup>.

## 2. As “*diretíssimas*”.

Ao processo “por diretíssima” normalmente se chega após uma prisão em flagrante, e por escolha do ministério público. A lei lhe permite fazer na sequência da prisão um juízo diretíssimo mesmo que o *iter* ordinário quando entende que não ocorrerão investigações particulares, e então segundo uma avaliação amplamente discricionária. Na realidade, a escolha entre o rito ordinário e o diretíssimo – aquela discricionariedade – responde principalmente a critérios que não têm que lidar com a complexidade instrutória, mas com a exigência de dar uma resposta imediata à criminalidade que suscita um grande clamor social.

Em muitas proclamações, é ‘conveniente’ adotar a via diretíssima em caso de prisões por crimes de competência de juiz monocrático, que representam a criminalidade de rua, uma típica expressão de desigualdade social (*disagio sociale*). A escolha do rito é, portanto, uma escolha de política criminal: à repressão desses delitos reserva-se uma via preferencial, porque por meio dessa aceleração do *iter* processual esses crimes – que seriam do contrário destinados à prescrição, em razão das penas não serem particularmente elevadas – são punidos antes que possam prescrever.

Na prática, os mais recorrentes são, ao lado dos crimes leves contra o patrimônio, os casos de “pequeno tráfico” (*cd. piccolo spaccio*): uma pessoa é pega no ato de ceder uma pequena quantidade de droga ou mais frequentemente no ato de possuir a droga; a posse para uso pessoal não é crime, mas uma violação administrativa (e, portanto, não permite arresto

4 G. Campesi, *Il controllo delle «nuove classi pericolose»: sottosistema penale di polizia e immigrati*, in *Dei delitti e delle pene*, 2003, p. 145 ss. A noção de “classes perigosas” mudou de Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione*, cit., p. 214), que utiliza o léxico do Texto único da lei de segurança pública (italiano) de 30 de junho 1889, n. 6144, predecessora do vigente de 1931.

algum); e assim, uma conduta penalmente neutra se torna – em virtude de pré-conceitos – penalmente punível.

Sem esquecer as diferenças de pena entre o pequeno tráfico e o tráfico, entre o tráfico ocasional e o habitual, que dependem não só de um dado quantitativo objetivo, mas também da modalidade ou circunstâncias da ação: o que diferencia o coração das investigações do fato ao autor, ao seu modo de viver e de ser. Obviamente para as autoridades judiciárias e policiais é difícil fazer esse tipo de avaliação – naqueles contextos de urgência, sobretudo – se não aplicando precisamente pré-conceitos, ou seja, interpretando circunstâncias, que por si são penalmente irrelevantes, à luz de noções de senso comum.

Quanto mais a pessoa se assemelhar ao traficante típico, maior é a possibilidade de uma detenção por tráfico parecer verossímil: a hipótese do traficante habitual se tornará preferível à do traficante ocasional. Eis que, então, a punição ou a severidade da punição, que deveria ser modulada com base na gravidade do fato, acaba sendo calibrada por dados pessoais.

Então, como é construído o tipo de traficante estrangeiro não europeu (*extra-comunitario*)? A falta de trabalho, ou a impossibilidade de encontrar um devido à clandestinidade, faz com que essas pessoas – nesse sentimento comum que influencia os atores processuais – fatalmente decide ao delito; é por outro lado a mesma presença irregular sobre o território italiano a representar o sintoma de uma escolha de vida criminal, a vontade de eludir todo tipo de controle social; teoriza-se nas mãos de clandestinos a indústria do tráfico de droga, em que os operários – geralmente imigrantes norte-africanos – constituem um novo proletariado criminal, que acaba na máquina repressiva da diretíssima.

Dentro dessa construção poderosa, o fato de, por exemplo, essas pessoas serem encontradas com pouquíssima quantidade de substância estupefaciente não qualifica necessariamente um uso pessoal, mas pode até indicar uma capacidade criminal mais elevada: delinquentes “muito inteligentes”, que souberam esconder em outro lugar outras quantidades de drogas.

Em síntese, hoje o imigrante não europeu tomou o lugar que no direito policial oitocentista ocupavam os “ociosos e vagabundos”. A ideia de base é que a condição de marginalidade não deixa escolha alguma senão aquela de viver de crimes, e que a intervenção penal serve para possibilitar um processo de “disciplinamento” capaz de, se não normalizar a vida dessas pessoas, pelo menos reduzir a periculosidade delas, tornando a escolha pelo crime menos atraente e mais arriscada.

### **3. A prisão em flagrante.**

A imagem desse universo delincente de imigrantes e pequenos traficantes influencia até mesmo antes das escolhas dos atores processuais, decisões anteriores ao processo: as decisões

sobre a prisão, sobretudo, que são tomadas pelas forças policiais.

As prisões em flagrante são uma parte das atividades de controle do território, guiadas pelas autoridades policiais de comando, que muitas vezes têm serviços “direcionados”, destinados ao combate de certos crimes, que causam particular alarme social.

A prisão em flagrante, então, dá partida – como dito – na máquina da diretíssima, que permite alcançar a condenação por crimes que, quando tratados segundo as regras do procedimento penal ordinário, dificilmente seriam julgados (*accertibili*) antes de serem engolidos pela prescrição.

Podemos dizer, portanto, que o poder de prisão representa, de fato, um poder de política criminal cujo exercício depende da seleção dos crimes que serão julgados e os que nunca serão, e que, portanto, a seleção das pessoas a serem processadas criminalmente (a criminalização secundária) é gerida, nessa medida, pela autoridade policial. Em suma, há um “saber” socialmente difuso sobre o crime – que, então, condiciona o “saber” processual.

Por outro lado, para o crime de rua a prisão é «facultativa»: o agente da força pública, diante de um crime em flagrante, deve-se prender somente se avalia-se o fato como grave e o sujeito como ‘perigoso’. Mas se a gravidade de um fato é já mais intuitiva, o que dizer da periculosidade, deduzida, além das circunstâncias do fato, da “personalidade” do sujeito?

Assim, prendem-se pessoas que correspondem a tipos de sujeitos perigosos, e, particularmente, aquelas que, por suas condições socialmente desfavorecidas, deixam fundadas as suspeitas de que vivem de crimes. Não qualquer traficante ou batedor de carteiras, mas somente o traficante “normal” e o batedor de carteira “normal”. Se Antônio é pego com uma pequena quantidade de haxixe é fácil que não seja sequer denunciado, que seja a posse considerada para uso pessoal, e a violação administrativa ainda é contestável. Não é assim se com a mesma quantidade e tipo de substância param Mohammed.

De resto, para o crime ‘de rua’, a prisão faz mais sentido quanto mais previsível for a aplicação (ou pelo menos a aplicabilidade) de uma medida cautelar; para esse tipo de crime, as medidas cautelares são aplicadas quando há um risco de reiteração; e esse perigo - «concreto e iminente», como exige o art. 274 do CPP italiano – é fatalmente mais fácil de ser considerado verossímil para Mohammed do que para Antônio.

Obviamente, em sede de convalidação, o juiz bem poderia aprofundar a valoração acerca da periculosidade social do detido, mas a rotina tende a fazer próprias as valorações da polícia e do ministério público. Valorações que frequentemente são baseadas, mais que sobre o ato flagrante e, podemos dizer, mais que sobre a pessoa presa, sobre a «classe» de pessoas perigosas a que ela pertence.

As estatísticas judiciárias dizem que as convalidações das prisões se aproximam de 100%,

e que, de qualquer forma, as convalidações faltantes fundamentam-se sobre uma valoração diversa da do julgante em razão do pressuposto da periculosidade subjetiva do arrestado. Por outro lado, é de praxe que as forças policiais, antes de proceder à prisão, contatem por telefone o ministério público (que será, então, aquele que preparará a documentação para a convalidação e posterior julgamento) para avaliar se para aquela pessoa tem sentido ou não pedir a aplicação de uma medida cautelar.

A polícia judiciária, por sua vez, teme muito a falta de convalidações, que criam problemas de produtividade e de relações internas. Os modelos operativos dos órgãos de polícia se fundam em certa medida sobre um “saber” compartilhado tanto pelos membros do ministério público, como pelos julgadores.

Nos casos de que estamos falando, em resumo, a pessoa presa muito provavelmente terá sua prisão convalidada: afinal, o juízo de convalidação se funda na oitiva do preso e do agente, o que significa que as palavras deste último são praticamente irrefutáveis, enquanto sobre aquelas do preso pesa a carga do julgamento social negativo.

#### **4. As medidas cautelares.**

Convalidada a prisão, seguirá, da mesma forma, a aplicação de uma medida cautelar. Não obstante não haja mais os delitos de prisão (*cattura*) obrigatória do código de 1930, nestes casos a verificação dos pressupostos cautelares é ainda muito condicionada por pré-conceitos, que atingem os saberes práticos, por sua vez influenciados por convicções de senso comum. Quanto ao *fumus delicti*, a prisão em flagrante resolve a questão; para o *periculum libertatis*, entre aqueles que podem justificar uma medida, há um – que então é o que mais frequentemente encontramos nas motivações dos provimentos cautelares – fortemente exposto ao uso dos pré-conceitos dos quais estamos falando, ou seja, o perigo de reiteração criminosa ou de cometimento de crimes mais graves. O prognóstico de reiteração se exaure de fato, na maioria dos casos, na constatação das mesmas circunstâncias que justificam a inclusão do preso na classe perigosa: a irregular presença no Estado, a identidade incerta, a falta de fonte de renda lícita.

A custódia cautelar aqui não tutela o processo, é antes um modo de neutralizar temporariamente pessoas perigosas: pelo contrário – como o prognóstico de reiteração não é quase nunca fundado sobre condições individuais específicas, mas sobre considerações genéricas concernentes à categoria de pertencimento – Campesi sugere que ela é um modo de neutralizar classes de pessoas perigosas. E é singular – observa, então – que, no processo, a perícia criminológica (para estabelecer o caráter e as atitudes delinquentes) seja vedada até mesmo aos especialistas, enquanto na fase cautelar é admitido o recurso a “saberes difusos” sobre o crime.

Nós sabemos que os estereótipos deveriam, no máximo, servir como “base” para interpretar dados objetivos: por exemplo, os antecedentes (*precedenti*) penais, uma atividade laboral, um domicílio. O problema, porém, é que esse tipo de dado muitas vezes não está presente. Geralmente são pessoas sem identidade, com dez apelidos, e, portanto, sem antecedentes. Ainda mais frequente são as pessoas sem trabalho visível, porque “clandestino” (“*nero*”). Sofrem, portanto, duas vezes por suas condições: com a baixa retribuição e as más condições jurídicas e materiais que o trabalho clandestino comporta, e com a aplicação de pré-conceitos de periculosidade que o trabalho clandestino, sinônimo de marginalidade socioeconômica, justifica. Paradoxalmente, ter um pouco de dinheiro no bolso torna-se motivo de suspeita, porque – assim como acontecia ao final do século XIX com os ociosos e os vagabundos – eles são onerados da prova diabólica de que aquele dinheiro não é fruto de ganhos ilegítimos.

Muitas vezes, trata-se de pessoas sem domicílio, ou sem domicílio seguro. E isso afeta não só o prognóstico cautelar, mas também a dosagem da restrição, ou seja, a escolha do tipo de medida a aplicar no rol à disposição do julgador: a prisão cautelar é, de fato, considerada a única alternativa, visto que as prisões domiciliares são impraticáveis ou inadequadas para satisfazer a necessidade de precaução. Eis porque os estrangeiros não europeus (*extracomunitari*) presos em via cautelar por crimes punidos com sanções não particularmente altas acabam cumprindo em prisão cautelar toda a pena (em geral a custódia preventiva sub-roga uma pena que poderia não chegar jamais): a restrição cautelar se transforma, na verdade, não diversamente da prisão em flagrante, em uma medida de controle de pessoas perigosas.

### **5. O processo.**

Nesse ponto, de fato, o “processo” é de pouca utilidade. Para os sujeitos tratados com a máquina das diretíssimas, a fase do julgamento, aquela que conduz ao accertamento da responsabilidade, termina por desenvolver-se de forma muito contraída, porque na maioria das vezes o imputado decide optar por um rito especial (*abbreviato* ou *patteggiamento*): o juiz que convalidou a prisão já expressou uma clara valoração em termos de responsabilidade e culpa, de modo que a defesa das acusações sobre o mérito é muito dificultada.

Em abstrato, o *patteggiamento* seria preferível ao juízo abreviado (*giudizio abbreviato*), porque, mesmo que a sentença venha rapidamente, a pena pode ser prevista em sua substância e se projeta mais contida. No juízo abreviado, entretanto, os juízes tendem a partir de limites em média mais altos em relação àqueles que se consideram como resultado de um juízo ordinário (‘reagem’ desse modo à proibição que a lei lhes impõe de incongruência da pena em relação ao fato, erodindo o efeito premial reconhecido ao acusado). E, sobretudo, o *patteggiamento* pode ser subordinado à suspensão condicional da pena. Nos casos que estamos considerando,

porém, a suspensão não vem quase nunca concedida, mesmo pela oposição de membros do ministério público, que –na crença que uma pena curta constitui um oportuno ‘gosto de prisão’ – condiciona o aceite do *patteggiamento* à própria ausência de pedido de suspensão condicional.

E assim resulta mais frequente o pedido de rito abreviado, e a aceitação do risco de uma pena muito mais severa em relação ao acordo que se fosse possível pactuar com o acusador, com a única consolação de que isso, pelo menos, não virá muito cedo.

A opção do imputado pelo julgamento abreviado, como é notório, implica, porém, a aceitação de um método de acertamento “inquisitório”, substancialmente fundado sobre atos de procedimento de convalidação, e comprime muito o direito a contraprovar as acusações de maneira eficaz.

## 6. *A pena.*

Também na graduação da sanção vem aplicada ao êxito do julgamento, os pré-conceitos não são menos perigosos. O nosso (italiano) código penal contém uma norma muito genérica, o art. 133 c.p., que remete substancialmente ao juiz a dosimetria concreta da pena, com possibilidade de avaliar tudo, mesmo a condição pessoal de marginalidade social.

E se a desigualdade social por anos tem jogado a favor do condenado, conduzindo a valorações vagamente indulgentes na mensuração da pena, nas últimas décadas a situação se inverteu: a imagem criminalizante do imigrado traficante representa, naquele cálculo, um fator de agravamento. Isso é confirmado pelos dados sobre a concessão da suspensão condicional da pena: uma volta se alargava, quase como se fosse tratar de um automatismo, em caso de incensurados; hoje, não obstante a eventual incensurabilidade, o seu pertencimento a classes perigosas, a bandos de marginalidade social, sugere negá-la. A ausência de documentos, por exemplo, sugere um projeto migratório criminal expresso.

Também na dosimetria da pena, em suma, pesam os estereótipos.

## 7. *Notas conclusivas.*

Essas descobertas são importantes se se deseja individualizar exatamente os motivos pelos quais nossa população carcerária é constituída em uma medida relevantíssima de imigrantes (um a cada três presos)<sup>5</sup>. Por outro lado – diz-se incidentemente – para essa categoria de presos a expiação é normalmente toda em prisões, já que medidas alternativas de detenção e trabalho externo encontram, nas condições de marginalidade social dessas pessoas, fortes limites de

---

<sup>5</sup> Trata-se de um percentual elevado mesmo a nível europeu, considerando obviamente percentuais de imigrações em qualquer país. (V. Militello - A. Spena, *Il traffico di migranti: Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 297).

aplicabilidade: uma expiação, portanto, pobre de ofertas de tratamento e de reduzida eficácia reeducativa, que arrisca esgotar toda real utilidade na dimensão da custódia.

Agora, se as generalizações, além de serem em uma certa medida inevitáveis, não são um mal em si – são, de fato, onde empiricamente se fundam (*id quod plerumque accidit*), um recurso precioso na administração da justiça porque economicamente vantajosas<sup>6</sup> – na máquina da diretíssima elas favorecem a instrumentalização dos institutos processuais com papel de controle social, distanciando o processo da sua função cognitiva.

Por um lado, o fornecimento probatório – além dos resultados da atividade policial – se exaure na audição da pessoa presa e do agente. Por outro, as avaliações sobre a convalidação, e aquelas necessárias para decidir o pedido cautelar, mudam o foco da investigação processual das circunstâncias do fato às condições e qualidade do imputado.

Os tempos já limitados do julgamento são geralmente gastos principalmente na avaliação de antecedentes, situações de vida, condições familiares, atividade de trabalho: perfis (normalmente irrelevantes, em um processo penal ordinário) para estimar quais dados biográficos espalhados nos atos usa o juiz, interpretando-os à luz dos seus “saberes práticos”.

O tema central do julgamento se torna se a pessoa presa corresponde ao tipo de autor do crime imputado, ao *tipo-trafficante* ou ao *tipo-batedor de carteira*; e os estereótipos, fatalmente, preenchem as lacunas do quadro instrutório à disposição do juiz.

Deve-se também a essas dinâmicas se as instituições penitenciárias assumem funções, e aparência, dos ‘hospitais gerais’ que no século XVII eram abrigos para sociopatas, marginais, mendigos, desajustados, marginais, limítrofes.

Antídotos? Não vejo muito mais que um legislador cuidadoso, na construção dos tipos penais, para garantir a taxa necessária de objetividade e uma jurisdição ‘forte’ na sua função de garantia contra os excessos do subsistema policialesco-disciplinar.

---

6 F. Shauer, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, 31.

## Referências

CAMPESI, G. *Il controllo delle «nuove classi pericolose»: sottosistema penale di polizia e immigrati*, in Dei delitti e delle pene, 2003.

FERRAJOLI, L. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale, Roma-Bari, Laterza, 1990.

MILITELLO, V.; SPENA, A. *Il traffico di migranti: Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, Giappichelli, 2015.

SHAUER, F. *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008.

## SOBRE O AUTOR:

**Pasquale Bronzo**

Pesquisador de Direito Processual Penal, professor de direito penitenciário,  
Faculdade de Direito da Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# LES USAGES RELATIFS AU VIN: *NUNC EST BIBENDUM*

---

USAGES RELATING TO WINE:  
*NUNC EST BIBENDUM*

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

## LES USAGES RELATIFS AU VIN: *NUNC EST BIBENDUM*

### USAGES RELATING TO WINE: *NUNC EST BIBENDUM*

---

**PIERRE MOUSSERON**

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier \*

Président de l'Institut des usages

<https://www.umontpellier.fr/recherche/unites-de-recherche/centre-du-droit-de-lentreprise>

p.mousseron@wanadoo.fr

---

**Résumé:** Définis comme des pratiques dotées d'une force juridique, les usages sont l'enjeu d'un débat tenant à la définition des sources du droit les plus appropriées. Ce débat est particulièrement vif dans le secteur agro alimentaire.

La première partie de l'article examine la présence de nombreux usages aussi bien dans l'élaboration, la commercialisation que la consommation du vin.

Dans une perspective plus dynamique, la seconde partie témoigne d'une marginalisation des usages régionaux et de la vitalité des usages transnationaux.

Cette situation invite à défendre, dans une troisième partie, les usages régionaux afin de promouvoir une diversité juridique. Cette promotion met en lumière un nouvel effet des usages protecteur de pratiques traditionnelles restreintes par certaines appellations d'origine contrôlée ou protégée.

**Mots-clés:** usages du vin, sources du droit, droit coutumier

**Abstract:** Defined as practices with legal force, usages are the issue of a debate relating to the definition of the most relevant sources of law. This debate is particularly lively in the agro-food sector.

The first part of the article examines the presence of many usages in the production, the marketing as well as the consumption of wine.

In a more dynamic perspective, the second part shows a marginalization of regional usages and the vitality of the transnational usages.

This situation invites to defend, in the third part, regional usages in order to promote legal diversity. This promotion highlights a new protective effect of

---

\* Cet article a été conçu et réalisé en l'honneur du Professeur George Dawson, Professeur à l'Université de Floride. L'auteur remercie pour leur précieux concours Monsieur Michel Ampeau (Domaine Robert Ampeau & Fils, Meursault), Mesdames Béatrice de Chabert et Valérie Roux (Syndicat AOC Languedoc) Monsieur Mickael Diore (Restaurant Le Grillardin, Montpellier), Monsieur Alain Grignon (Société LGI Wines, Carcassonne), Messieurs Karl Buhler et Nicolas Melmer (étudiants du Master Droit du Commerce International de la Faculté de Droit de Montpellier, promotion 2013), Madame Valérie Maillot (Division Lactalis AOC) et la famille Jean-Pierre Rambier (Domaine du Haut Lirou, Saint-Jean de Cuculles).

usages concerning traditional practices buffeted by certain “appellations d’origine contrôlée” or “protégée”.

**Keywords:** usages, sources of law, customary law

Le vin est depuis longtemps associé à de nombreux rites qu’il s’agisse des fêtes dionysiaques<sup>2</sup>, des bacchanales ou de la cène chrétienne.

Ces rites liés au vin sont particulièrement actifs dans le monde du commerce<sup>3</sup>.

Ces rites ne sont pas tous des usages entendus ici comme des comportements dotés d’une force juridique en raison de certaines qualités comme la répétition et la légitimité. Le fait de trinquer avant de boire relève ainsi plus d’une pratique sociale que juridique. Certains des usages associés au vin ont toutefois une force juridique. Celle-ci se manifeste notamment dans l’appréciation de la responsabilité des différents acteurs du marché vinicole ou dans la possibilité de consommer du vin dans certains endroits.

L’étude des usages du vin en Droit français ne ressort pas (simplement) d’un intérêt régionaliste. Les usages sont aujourd’hui au cœur d’un enjeu stratégique lié à l’édification de la règle de droit. Faut-il conférer le monopole des règles juridiques en la matière à des règles venues d’en haut, et notamment de l’Union européenne, ou faut-il faire une place à des règles issues des individus eux-mêmes ?

Ce débat est vital pour certains professionnels du monde agricole. De nombreux producteurs de fromages, de foie gras ou de produits traditionnels sont aujourd’hui soumis à une pression réglementaire européenne croissante. En matière de vin, le débat a surgi médiatiquement en 2009 après une tentative de la Commission européenne d’admettre que le vin rosé puisse être obtenu par coupage (*blending*) de vin blanc et de vin rouge. Devant la levée de boucliers de producteurs de vins rosés du Sud de l’Europe, la Commission a finalement maintenu le 8 juin 2009 la prohibition du rosé par coupage<sup>4</sup>. La tension entre les autorités nationales et européennes est toujours vive dans ce secteur. Elle est notamment perceptible dans le cadre de la transformation des anciennes Appellations d’Origine Contrôlées (AOC) nationales en Appellations d’Origine Protégées (AOP) et Indications Géographiques Protégées (IGP) désormais régies au niveau européen. La fédération nationale française des producteurs de crémant a ainsi introduit un recours devant le Conseil d’Etat pour obtenir

2 H. Johnson, *Une histoire mondiale du vin, de l’Antiquité à nos jours*, Hachette 1989, p. 49 et s.

3 Evoquons l’exemple de l’ancienne pratique du pot-de-vin qui désignait en matière de bail « l’excédent gracieux au prix convenu pour le loyer et qui se paie à titre de présent par le locataire au propriétaire; A. Sayag et J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*. Librairies Techniques 1984, p. 218.

4 J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fêret-Lexis-Nexis 2010, n°673.

l'annulation de 36 arrêtés ministériels permettant l'octroi de nouvelles IGP dans ce secteur. Cette fédération professionnelle déplore notamment que « *la plupart des régions viticoles peuvent désormais revendiquer cette IGP sans arguer d'aucune antériorité ou usage ...* »<sup>5</sup>.

L'enjeu est aussi important pour les professionnels du droit. De la même façon que la nationalisation des règles de droit lors de la Révolution française a sonné le glas de certaines juridictions coutumières régionales, que l'eupéanisation a marginalisé certaines disciplines juridiques comme le droit interne de la concurrence, la mondialisation actuelle affaiblit les réglementations des Etats. Cette mondialisation modifie l'environnement et l'utilité des usages. Au fur et à mesure que les règles du marché deviennent plus globales, les opérateurs économiques s'en remettent à des pratiques commerciales transnationales comme les Incoterms détachées des pratiques locales. Simultanément et inversement, un besoin de revenir à des réalités locales mobilise le recours à des usages locaux.

Après avoir observé certains usages relatifs au vin (I), nous pourrions analyser leur évolution (II) et envisager leur protection (III).

## **I. Observation des usages relatifs au vin.**

On peut observer des usages au temps de l'élaboration (A), de la commercialisation (B) et de la consommation (C) du vin.

### A. Usages dans l'élaboration du vin

#### *1. Usages dans la culture des vignes*

Les contrats de vente de plants de vigne consistent habituellement en des bons de commande et de livraison qui en raison de leur concision laissent place à de nombreux usages. Parmi ceux-ci, nos interlocuteurs nous ont notamment décrit celui conduisant le vendeur pépiniériste à remplacer les plants de vigne qui n'auraient pas pris dans l'année suivant la plantation.

L'intervention des vendangeurs donne elle aussi lieu à des usages. Le premier consiste à recourir à des contrats à durée déterminée. Le recours à cette forme exceptionnelle de contrats de travail est autorisé par l'article L.1242-2-3° du code du travail qui définit la liste limitative des cas dans lesquels un employeur peut recourir à ce type de contrats. Ce texte cite les « *emplois à caractère saisonnier ou pour lesquels ... il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat de travail à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois* ». La particularité des conditions de travail des vendangeurs conduit par ailleurs à de nombreux usages liés aux modes de rémunération. Il y a encore quelques années, les vendangeurs recevaient deux ou trois litres de vin par jour

---

5 Réponse du Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt du 13 décembre 2012, n°01841.

de vendange en plus d'un montant en numéraire. L'usage de ce paiement en nature a été nové en un paiement en numéraire additionnel. Des usages affectent aussi le temps de travail. En Bourgogne, il est ainsi d'usage de ne pas rémunérer les vendangeurs durant les jours de pluie. Le contrat-type « Vendanges » proposé par la Mutualité Sociale Agricole conforte cet usage. Il stipule qu'il est conclu « *sans terme précis, c'est-à-dire que le contrat prendra fin avec la réalisation de son objet : la fin des vendanges* ».

## 2. Usages dans la vinification

Les procédés de vinification reposent largement sur des traditions non écrites consistant notamment en des procédés de fermentation, d'assemblage et de vieillissement qui font l'originalité de chaque vin.

Certains de ces procédés peuvent avoir une valeur juridique dès lors que le viticulteur y aura adhéré dans le cadre d'un cahier des charges. Il ne s'agira pas cependant dans ce cas d'un usage dès lors que l'obligation de respecter ces procédés ne découlera pas des comportements eux-mêmes mais de l'engagement de les respecter. On sera en présence d'un usage lorsque le cahier des charges renverra aux usages. Tel est le cas du Cahier des Charges de l'appellation d'origine contrôlée « *Languedoc* » homologuée par le décret n°2011-1508 du 10 novembre 2011 qui énonce que « *les vins sont vinifiés conformément aux usages locaux, loyaux et constants* ». On sera aussi en présence d'un usage lorsque le procédé deviendra contraignant en l'absence de tout engagement extérieur. Tel sera par exemple le cas d'un viticulteur qui sera contraint de maintenir un procédé tel que le vieillissement en barrique de chêne dès lors que ses acheteurs auront été habitués à cette technique.

## B. Usages dans la commercialisation du vin

### 1. Etiquetage

L'étiquetage présente des particularités régionales. Le terme de « *cru* » n'a pas ainsi la même signification selon les régions. Dans le Bordelais, il renvoie à un classement d'exploitations alors qu'en Bourgogne, Champagne et Alsace, il correspond à un classement par terroirs<sup>6</sup>.

### 2. Vente

La vente du vin obéit à des usages particuliers. Certains sont généraux. L'article 1857 du code civil énonce qu'« *à l'égard du vin, de l'huile et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées* ». Les acheteurs professionnels viennent souvent déguster le vin dès le mois de novembre, soit à peine deux ou trois mois après les vendanges. Cette pratique est observée aussi bien par les acheteurs français qu'étrangers. L'agrégé intervient différemment

6 J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fêret- Lexis-Nexis 2010, n°384.

selon que la vente est en vrac ou en bouteilles. Dans ce dernier cas, la dégustation par le courtier ne saurait valoir agréage<sup>7</sup>. D'autres usages sont spécifiques à la vente de certains vins. S'agissant de vins en primeur, la cour d'appel de Paris a renvoyé aux usages pour juger qu'une livraison était tardive. A propos de ces vins encore en cours de vinification chez le producteur au moment de la commande, la cour a considéré qu'un délai de livraison de trois années était conforme aux usages<sup>8</sup>.

Accessoirement à la vente, on observe un usage chez la plupart des vignerons et cavistes consistant à remettre des bouteilles à titre gratuit (« *gratuités* ») à des partenaires commerciaux. Cette pratique a une force juridique en ce qu'elle devrait permettre de justifier auprès des autorités fiscales la non-vente d'un certain nombre de bouteilles produites ou achetées.

### 3. Distribution

Les modes de commercialisation varient selon les régions. Dans certaines régions comme le Bordelais ou la Bourgogne, la commercialisation du vin est depuis longtemps confiée à des courtiers. L'ancienneté de ces relations est propice à l'instauration d'usages. La cour de cassation a ainsi jugé que « *l'établissement et l'envoi par le courtier au vendeur et à l'acheteur de la lettre de confirmation sans qu'il y ait de leur part un accord formel équivalait suivant l'usage ancien et constant en Bordelais, à une vente parfaite, sauf protestation dans un très bref délai fixé par les usages loyaux et constants de la profession à 48 heures de la réception de cette lettre dont l'envoi est à la charge du courtier* »<sup>9</sup>. Les usages du Bordelais imposent au courtier en plus de sa mission de présentation des parties une obligation d'assistance à l'acheteur notamment lors de l'agrément. Ces diligences d'usage ne vont pas jusqu'à rendre le courtier du croire en cas de défaut de paiement du vendeur<sup>10</sup>. Les parties sont réputées avoir choisi les usages de la place où elles opèrent<sup>11</sup>. Il ne s'agit là que d'une application particulière de l'article 1159 du code civil aux termes duquel « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ».

Dans la région du Languedoc, la majorité de la production est confiée à des caves coopératives. Les relations au sein de chaque coopérative donnent lieu à des usages particuliers relatifs notamment à la date de transfert de propriété des raisins ou au mode de rémunération.

Dans d'autres régions, la commercialisation s'opère plutôt par des négociants, acheteurs-revendeurs. Dans les ventes ainsi négociées, il est habituel de préciser que les vins

7 CA Bordeaux 27 avril 2004, D. 2005.155.

8 CA Paris Pôle 4, chambre 9, 28 juin 2012, n°11/15128, *Foellner c. Société 1855*.

9 Cass. com. 13 mai 2003, n°00-21555.

10 J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010, n°833.

11 Ph. Guez, *Contrat de courtage*, Juris Classeur Contrats-Distribution, Fasc. 850, n°38. Dans ce sens : CA Bordeaux 25 mai 2010, n°09-01653.

seront de « *qualité loyale et marchande* »<sup>12</sup>. Les professionnels que nous avons rencontrés nous ont indiqués que le caractère loyal correspondait à la conformité avec l'échantillon et que le caractère marchand renvoyait davantage à l'absence d'oxydation, de goût terreux ou d'acidité.

Afin d'éviter le prélèvement d'une marge par ces intermédiaires, certains exploitants s'adressent directement aux distributeurs. Dans les relations directes qu'ils entretiennent avec ces distributeurs, ces vigneron invoquent parfois l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce qui sanctionne la rupture de relations commerciales établies ne respectant pas les préavis découlant notamment des usages. Dans une situation de ce type, la cour d'appel de Versailles a débouté l'exploitant d'un domaine vinicole. Elle a jugé qu'en donnant à cet exploitant au mois de janvier un préavis pour la fin de la période saisonnière annuelle, soit la fin de l'été 2008, la société Monoprix distributrice avait respecté un préavis suffisant au regard des usages et de la durée de la relation commerciale qui était en l'espèce de six années<sup>13</sup>.

### C. Usages dans la consommation du vin

#### 1. Contenu des usages liés à la consommation du vin

Depuis longtemps, les pouvoirs religieux et civils se sont préoccupés de limiter la consommation de vin au titre de la lutte contre l'ivresse et l'alcoolisme. Vis à vis de ces limitations, les usages jouent un rôle de neutralisation des directives religieuses et légales. Un usage modéré de l'alcool est ainsi admis dans de nombreux pays d'islam.

La consommation privée de vin par les viticulteurs est l'occasion d'un usage douanier permettant aux exploitants d'écarter de la base imposable des accises une certaine quantité de bouteilles affectées à la consommation personnelle. Interrogé par l'un de nos interlocuteurs, un agent des douanes a cependant éludé la détermination de la quantité de bouteilles dispensées de cette imposition. Au-delà de cette réticence, l'informatisation des formalités douanières pourrait avoir raison de cette tolérance coutumière.

L'usage du remplacement des bouteilles bouchonnées ou insuffisamment remplies bénéficie aux clients vis-à-vis des restaurateurs et à ces derniers vis-à-vis de leurs fournisseurs (cavistes ou producteurs).

#### 2. Force des usages liés à la consommation du vin

Les usages liés à la consommation du vin illustrent la diversité des forces juridiques que peuvent recevoir les usages.

Le manquement à des règles de dégustation du vin constitue seulement une faute de goût qui a une portée plus sociale que juridique. La frontière entre ces deux mondes n'est

12 J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Féret-Lexis-Nexis 2010, n°755.

13 CA Versailles 12<sup>ème</sup> ch., 3 juillet 2012, n°10-08577, *Escarelle SA c. Monoprix (SA)*.

toutefois pas étanche. Un comportement inélégant lors d'un repas d'affaires comme le fait de proposer directement du vin à un musulman<sup>14</sup> peut ainsi avoir des conséquences juridiques notables comme l'échec de la négociation.

Les usages de consommation exercent parfois une influence sur les autorités elles-mêmes. Comment expliquer autrement que l'article R. 4228-20 du code du travail énonce « *Aucune boisson alcoolisée autre que le vin, la bière le cidre et le poiré n'est autorisé sur le lieu de travail* ». Même si le juge ne les vise pas, ce sont bien aussi des usages qui peuvent expliquer la décision du Conseil d'Etat d'invalidier la disposition du règlement intérieur de la filiale française d'une société américaine interdisant « *la consommation de boissons alcoolisées dans l'entreprise* »<sup>15</sup>.

L'observation des comportements en matière d'élaboration, de commercialisation et de consommation du vin a permis d'identifier de nombreux usages. Dans une approche plus synthétique et dynamique, on peut désormais examiner leur évolution.

## II. Evolution des usages relatifs au vin.

Si l'on assiste à une marginalisation des usages régionaux (A), on observe simultanément une forte résistance des usages transnationaux (B).

### A. Marginalisation des usages régionaux

#### 1. *Maintien d'usages régionaux*

Les relations privées entre les professionnels du vin relèvent de nombreux usages régionaux. L'adhésion au Syndicat professionnel des courtiers en vins de Champagne suppose ainsi l'adhésion à une charte déontologique visant « *à préciser certains usages de la profession* ». Cette charte prévoit notamment une interdiction d'agir en justice contre les décisions prises par la commission de discipline de ce syndicat. Il n'est pas déraisonnable de penser que la promotion de ces usages vise ainsi à organiser un certain protectionnisme des professionnels en place.

La résistance des usages régionaux est parfois motivée par un fort localisme. Alors que la publicité pour le vin est sévèrement réglementée en vue de limiter l'alcoolisme, l'article L.3323-2 du code de la santé publique tolère néanmoins les publicités « *en faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales* »<sup>16</sup>. Cet article illustre la tension entre un objectif moderne de santé publique du législateur et une tradition ancienne pour les manifestations festives dans les pays viticoles.

14 On peut en revanche laisser du vin à sa disposition...

15 Conseil d'Etat 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous sections réunies, 12 novembre 2012, n°349365.

16 Le contrôle de la constitutionnalité de cette loi a été l'occasion pour le conseil constitutionnel d'affirmer que cette disposition

## 2. Opposition du droit européen

Dans leur effort de mise en place d'un système agricole harmonisé, les institutions européennes sont les principales forces d'opposition aux usages régionaux.

On observe cette opposition au niveau conceptuel. Le Droit français fonde les droits liés aux appellations contrôlées sur « *un droit résultant des usages* »<sup>17</sup>. L'administration ne fait que « *reconnaître* » un droit pré-existant. Pour sa part, le Droit communautaire impose une « *demande de protection* » de la part des viticulteurs ce qui laisse entendre que le droit ne pré-existe pas.

L'Accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le commerce du vin de 2006 est aussi symptomatique de cette démarche. Pour définir les boissons couvertes par l'accord, ce traité évoque des « *bonnes pratiques œnologiques* ». Cette substitution d'un régime faisant référence non plus à des pratiques anciennes, les usages, mais à des pratiques nouvelles est caractéristique d'une volonté de reprise en main de la régulation d'un marché par les autorités européennes.

On observe un phénomène analogue de marginalisation des usages en matière d'étiquetage. L'article 118 du règlement européen 491/2009 du 25 mai 2009 limite ainsi les mentions traditionnelles qui peuvent être portées sur les étiquettes<sup>18</sup>. En outre, il énonce que « *les mentions traditionnelles sont répertoriées, définies et protégées par la Commission* »<sup>19</sup>.

### B. Résistance des usages transnationaux

Comme pour d'autres denrées, le commerce international du vin a permis la modernisation des techniques. Le *bag-in-box* a modernisé l'emballage par bouteille comme les tonneaux avaient dans le passé amélioré les amphores. La capsule dévissable remplace aussi progressivement le bouchon en liège comme celui-ci avait remplacé le bouchon en verre dépoli au 19<sup>ème</sup> siècle<sup>20</sup>. À l'avenir, le développement mondial des machines à vin servant du vin à la façon de la bière favorisera la vente du vin en vrac et limitera la vente en bouteilles. Cette influence des techniques du commerce international déteint sur les techniques juridiques. Les

---

n'était pas contraire au principe d'égalité devant la loi dans la mesure où le législateur peut régler différemment des situations différentes ou déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général (Déc. n°90-283 DC du 8 janvier 1991).

17 J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Férét-Lexis-Nexis 2010, n°255 ; G. Gavignaud-Fontaine, *Terroirs et marchés des vins dans un siècle de crises*, 2011, Presses universitaires de la Méditerranée, p. 38. Cet auteur observe : « *Hier l'usage faisait la loi, aujourd'hui c'est la typicité qui fait le terroir* ».

18 Cet article 118, duoviciis énonce : « *On entend par «mention traditionnelle» une mention employée de manière traditionnelle dans un État membre pour les produits visés à l'article 118 bis, paragraphe 1:a) pour indiquer que le produit bénéficie d'une appellation d'origine protégée ou d'une indication géographique protégée en vertu du droit communautaire ou national; ou b) pour désigner la méthode de production ou de vieillissement ou la qualité, la couleur, le type de lieu ou un événement particulier lié à l'histoire du produit bénéficiant d'une appellation d'origine protégée ou d'une indication géographique protégée. 2.*

19 Un décret n°2012-655 du 4 mai 2012 limite ces particularités régionales.

20 H. Johnson, *Une histoire mondiale du vin, de l'Antiquité à nos jours*, Hachette 1989, p. 195.

contrats-type de vente de vin en vrac utilisés en matière internationale influencent largement la pratique contractuelle.

Le succès des foires internationales dédiées au vin comme VINEXPO contribue à une uniformisation des comportements des négociants. Ainsi les Incoterms élaborés par la Chambre de commerce Internationale et qualifiés d'usages par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>21</sup> sont fréquemment utilisés pour le vin. Ceci s'explique notamment par le fort risque de casse des bouteilles de vin qui appelle des stipulations précises comme les Incoterms en matière de risque. Si les producteurs préfèrent les ventes « *Ex Works, départ Propriété* », le recours à l'Incoterm CIF (*Cost Insurance Freight*) est le plus usité vers la Chine. En dépit du retard dans le transfert de propriété, il permet aux négociants français d'éviter de supporter les fortes taxes chinoises à l'importation.

La complexité des droits écrits nationaux dans ce contexte est particulièrement favorable à cet essor coutumier. Ceci explique que l'article 9 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises fasse référence aux usages. Ceci justifie aussi que l'article 1511 alinea 2 du code de procédure civile énonce que l'arbitre statuant dans un arbitrage international « *tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ».

Le développement des usages transnationaux devrait emporter bien des usages régionaux liés au vin. Cette conséquence soulève la question d'une protection de certains usages du vin.

### III. Protection des usages du vin

La disparition programmée de certains usages régionaux invite à s'interroger sur l'opportunité (A) et les modalités (B) de leur protection.

#### A. Opportunité d'une protection des usages du vin

La protection des consommateurs est souvent mise en avant pour atténuer le rôle des usages. C'est notamment le cas en matière d'harmonisation des modes de production du vin ou de lutte contre l'alcoolisme. Cette argumentation présente toutefois des limites tenant à la liberté individuelle.

Une autre ligne de justification de ces atteintes aux usages tient à l'efficience économique. Une réglementation européenne harmonisée serait garante d'une meilleure lisibilité et d'une plus grande efficacité pour les producteurs. Cet argument est certainement justifié pour les grands producteurs. Il connaît toutefois lui aussi des limites. D'une part, les tentatives de standardisation semblent vaines. Les textes pourront difficilement avoir

---

21 CJUE 9 juin 2011, *ElectroSteel Europe SA c. Edil Centro SpA.*, Aff. 87/10. La qualification d'usage des Incoterms reste discutable dans la mesure où ces termes tirent davantage leur force de la référence aux règles de la CCI que de leur répétition (P. Mousseron, *Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?*, RJCom. 2011, p. 21).

raison de la diversité des hommes et de leur volonté de se distinguer<sup>22</sup>. Ainsi, l'effort de standardisation des mentions figurant sur les étiquettes est sans cesse pris à défaut par de nouvelles mentions qu'il convient de contrôler. Le contrôle de certaines mentions comme la formule «*vieilles vignes*» pourrait ainsi relever de façon plus simple et cohérente du droit de la concurrence déloyale que du droit de l'Union européenne. D'autre part, la réglementation européenne aboutit aujourd'hui à un mille-feuille réglementaire particulièrement illisible pour les producteurs eux-mêmes qui ont perdu leurs interlocuteurs locaux susceptibles de les conseiller rapidement sur la réglementation les intéressant.

La promotion des usages se recommande selon nous du maintien de la diversité juridique. Cette diversité n'est pas un but en soi. La standardisation des règles est même positive en termes d'efficacité économique. En revanche, la standardisation des services et des produits induite par la standardisation des règles est inquiétante. On observe cette standardisation dans le secteur du vin. Certains producteurs doivent ainsi engager de véritables combats administratifs pour faire modifier le cahier des charges de certaines appellations pour maintenir le recours à des cépages traditionnels mais rares.

## B. Modalités d'une protection des usages du vin

### 1. Contenu de l'argumentation juridique

La défense des usages du vin pourrait s'appuyer sur plusieurs arguments juridiques.

S'agissant des usages liés à l'élaboration du vin, le Droit de l'Union européenne paraît a priori peu favorable à la défense de la diversité juridique. Cela ne surprend pas compte tenu de son objectif principalement économique. Comme l'illustre la position de l'avocat général dans l'affaire des semences<sup>23</sup>, cette situation pourrait toutefois évoluer. Les réglementations européennes limitant la diversité des semences commercialisables affectent en effet « *le principe de proportionnalité, la liberté d'entreprise au sens de l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la libre circulation des marchandises au sens de l'article 34 TFUE ainsi que le principe d'égalité de traitement au sens de l'article 20 de ladite charte* ».

On pourrait en outre soutenir que la marginalisation des usages affecte la règle de subsidiarité édictée par l'article 5 du Traité sur l'Union européenne<sup>24</sup>.

Enfin, l'effet d'attraction sur les consommateurs exercé par des méthodes usuelles

22 Comme l'écrivait Portalis en 1801 dans son Discours préliminaire au premier projet de code civil : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ... Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges* ».

23 CJUE 12 juillet 2012, Aff. C-59/11, *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS* ; J. Huet, *La guerre des semences continue...*, RLDA décembre 2012, p. 71.

24 L'article 5 du Traité sur l'Union européenne dispose: « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée*

de fabrication pourrait permettre aux professionnels d'invoquer un droit de propriété sur ces biens incorporels<sup>25</sup>. Cet étirement du droit de propriété pourrait notamment se prévaloir de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg<sup>26</sup>. Le Conseil d'Etat a ainsi visé la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel relatif à la protection du droit de propriété pour annuler un décret limitant les droits coutumiers de bénéficiaires de l'appellation « *Pomerol* »<sup>27</sup>. Et de fait, les pratiques vitivinicoles associées à un territoire confèrent des droits coutumiers qui permettent de contester certains actes de mise en oeuvre des appellations européennes d'origine contrôlée. La protection coutumière paraît au moins aussi convaincante que celle reposant sur des appellations fondées sur un lien souvent scientifiquement discutable entre un produit et un terroir. La discussion est notamment possible lorsque les qualités géologiques d'un terroir varient largement au sein d'une même appellation<sup>28</sup>.

S'agissant des usages liés à la consommation du vin, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel signée en 2003 et entrée en vigueur en 2006 témoigne quant à elle d'une protection juridique internationale de certains bons usages. Parmi les pratiques sociales coutumières protégées par cette convention, l'UNESCO a en effet reconnu en 2010 le « *repas gastronomique des français* » qui se singularise notamment par un mariage harmonieux entre mets et vin.

## 2. Mise en œuvre de l'argumentation juridique

La promotion des usages supposerait l'intervention active des professionnels du vin. Ceux-ci paraissent pourtant parfois délaisser ces usages et notamment celui prévu par le code civil selon lequel il est d'usage que la vente de vin n'intervienne qu'à la dégustation. Nous lisons ainsi dans les conditions de vente d'un producteur bourguignon la clause suivante : « *Par dérogation aux dispositions de l'article 1857 du code civil, la vente est ferme sans dégustation préalable* ». On observe aussi des mises à l'écart de l'usage de la dégustation préalable pour les vins très onéreux. Ces mises à l'écart illustrent cependant davantage le caractère supplétif de l'usage que la négation générale de ce mode de régulation. Les

---

*ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».*

25 Cet argument apparaît en filigrane dans la décision du 16 mai 2000 rendue par la CJUE dans l'affaire de la Rioja (Belgique c. Espagne, C-388/95). Dans cet arrêt, la CJUE a justifié une règle espagnole prescrivant un embouteillage sur place d'un certain type de vin en dépit de l'atteinte portée à la libre circulation des marchandises. Pour justifier cette décision, la cour a notamment visé la « *réputation* » issue de ce mode de production (cf. considérant, n°77). V. aussi : J.-M. Bahans et M. Menjuq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fêret-Lexis-Nexis 2010, n°769.

26 F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF 3<sup>ème</sup> éd. 2008, n°85.

27 Conseil d'Etat, 9 mars 2012 (3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 334575, publié au recueil Lebon) annulant le décret n°2009-1237 du 14 octobre 2009 homologuant les dispositions du cahier des charges de l'AOC « *Pomerol* ».

28 Pour une illustration : J.-C. Bousquet, *Terroirs viticoles, Paysages et géologie en Languedoc*, Editions Ecologistes de l'Euzière, 2011, sp., p. 165. V. aussi plus récemment pour une illustration de l'insuffisance du régime européen des indications de provenance européennes: TPIUE 23 avril 2018, Aff. T.43/15, *Piadina Romagnola*

professionnels du vin pourraient gagner à l'édification de contrats-type ou tout au moins de modèles de contrats non-contraignants. Tel est déjà le cas dans certains secteurs. Le Conseil Interprofessionnel des Vins de Bordeaux a ainsi établi un contrat type pour la vente en vrac et un autre pour la vente en bouteille. Ces contrats permettent notamment de préciser la date de formation du contrat en cas d'intervention d'un courtier. Ils sont tellement reconnus que leurs dispositions s'appliquent même lorsque l'acheteur n'est pas établi sur la place de Bordeaux.<sup>29</sup>

La promotion des usages relève aussi des professionnels du Droit. Dès la Faculté, l'enseignement du Droit devrait les intégrer davantage. Les esprits étudiants sont en effet aujourd'hui trop souvent formatés à l'effet de trouver et appliquer des règles d'origine publique. Cette fonction dévalorise la prestation juridique et les juristes. Ces derniers n'ont pas pour seul rôle de participer passivement à l'application du Droit venu d'en haut. Il leur appartient aussi de participer plus activement à la définition de la règle de droit en intégrant dans leurs activités des sources d'origine privée.

Dans ce dernier rôle, il est temps pour les juristes de boire à la source des usages.

### Références bibliographiques

- BAHANS, J.-M. et Menjucq, M. *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Férét-Lexis-Nexis 2010.
- BOUSQUET, J.-C. *Terroirs viticoles, Paysages et géologie en Languedoc*, Editions Ecologistes de l'Euzière, 2011.
- CA Bordeaux 27 avril 2004, D. 2005.155.
- CA Bordeaux 25 mai 2010, n°09-01653.
- CA Paris Pôle 4, chambre 9, 28 juin 2012, n°11/15128, *Foellner c. Société 1855*.
- CA Versailles 12<sup>ème</sup> ch., 3 juillet 2012, n°10-08577, *Escarelle SA c. Monoprix (SA)*.
- Cass. com. 13 mai 2003, n°00-21555.
- CJUE 12 juillet 2012, Aff. C-59/11, *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS*.
- CJUE 9 juin 2011, *ElectroSteel Europe SA c. Edil Centro SpA.*, Aff. 87/10.
- TPIUE, 23 avril 2018, Affaire T-43/15, *Piadina Romagnola*.
- Consiel d'Etat, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous sections réunies, 12 novembre 2012, n°349365.

<sup>29</sup> J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Férét-Lexis-Nexis 2010, n°783.

Conseil d'Etat, 9 mars 2012 (3ème et 8ème sous-sections réunies, n°334575, publié au recueil Lebon)

DECRET n°2012-655 du 4 mai 2012

DECRET n°90-283 DC du 8 janvier 1991

GAVIGNAUD-FONTAINE, G. *Terroirs et marchés des vins dans un siècle de crises*, 2011, Presses universitaires de la Méditerranée.

GUEZ, Ph. *Contrat de courtage*, Juris Classeur Contrats-Distribution, Fasc. 850, n°38.

HUET, J. *La guerre des semences continue...*, RLDA décembre 2012.

JOHNSON, H. *Une histoire mondiale du vin, de l'Antiquité à nos jours*, Hachette 1989.

MOUSSERON, P. *Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?*, RJCom. 2011.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, 1801.

REPONSE DU MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET du 13 décembre 2012, n°01841.

SAYAG, A. et HILAIRE, J. *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*. Librairies Techniques 1984.

ZENATI-CASTAING, F. et REVET, T. *Les biens*, PUF 3<sup>ème</sup> éd. 2008.

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Pierre Mousseron**

Professor of Law, University of Montpellier, Law School (France). Co-Director Centre du Droit de l'Entreprise. Director of the Master Program Droit du Commerce International (International Business Law Program), University of Montpellier. Senior Fellow, Center for International Financial Crimes Studies, University of Florida. Director of the Program Business Law Summer School, University of Montpellier. Director of the Program Certificat de spécialisation en Droit des sociétés, University of Montpellier.

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**USAGES RELATING TO WINE:  
*NUNC EST BIBENDUM***

---

LES USAGES RELATIFS AU VIN:  
*NUNC EST BIBENDUM*

## USAGES RELATING TO WINE: *NUNC EST BIBENDUM*

### LES USAGES RELATIFS AU VIN: *NUNC EST BIBENDUM*

---

**PIERRE MOUSSERON**

Professor at the Faculté de Droit de Montpellier\*

President of the Institut des usages

<https://www.umontpellier.fr/recherche/unites-de-recherche/centre-du-droit-de-lentreprise>

p.mousseron@wanadoo.fr

---

**Abstract:** Defined as practices with legal force, usages are the issue of a debate relating to the definition of the most relevant sources of law. This debate is particularly lively in the agro-food sector.

The first part of the article examines the presence of many usages in the production, the marketing as well as the consumption of wine.

In a more dynamic perspective, the second part shows a marginalization of regional usages and the vitality of the transnational usages.

This situation invites to defend, in the third part, regional usages in order to promote legal diversity. This promotion highlights a new protective effect of usages concerning traditional practices restricted by certain “appellations d’origine contrôlée” or “protégée”.

**Keywords:** usages, sources of law, customary law

**Résumé:** Définis comme des pratiques dotées d’une force juridique, les usages sont l’enjeu d’un débat tenant à la définition des sources du droit les plus appropriées. Ce débat est particulièrement vif dans le secteur agro alimentaire.

La première partie de l’article examine la présence de nombreux usages aussi bien dans l’élaboration, la commercialisation que la consommation du vin.

Dans une perspective plus dynamique, la seconde partie témoigne d’une marginalisation des usages régionaux et de la vitalité des usages transnationaux.

Cette situation invite à défendre, dans une troisième partie, les usages régionaux afin de promouvoir une diversité juridique. Cette promotion met en lumière un nouvel effet des usages protecteur de pratiques traditionnelles malmenées par certaines appellations d’origine contrôlée ou protégée.

**mots-clés:** usages du vin, sources du droit, droit coutumier

---

\* This article was thought out and written in honor of Professor George DAWSON, Professor at the university of Florida. The author would like to thank Mr. Michel Ampeau (Domaine Robert Ampeau & Fils, Meursault), Ms. Béatrice de Chabert and Ms. Valérie Roux (Syndicat AOC Languedoc), Mr. Mickael Diore (Restaurant Le Grillardin, Montpellier), Mr. Alain Grignon (Société LGI Wines, Carcassonne), Mr. Karl Buhler and Mr. Nicolas Melmer (Students in the International Business Law Master program at the University of Montpellier School of Law, class of 2013), Ms. Valérie Maillot (Division Lactalis AOC) and the Jean-Pierre Rambier family (Domaine du Haut Lirou, Saint-Jean de Cuculles) for their precious help.

Wine has long been associated with a number of rites, whether they be Dionysian feasts<sup>2</sup>, bacchanalia or the Last Supper.

These rites associated with wine are particularly active in the world of trade<sup>3</sup>.

These rites are not all usages seen here as behaviors having a legal force due to certain qualities such as repetition and legitimacy. The fact that we toast before drinking is thus more a social practice rather than a legal practice. Some of these usages associated with wine do however have legal force. These occur especially in the assessment of the responsibility of the different actors of the wine market or in the ability to consume wine in certain places.

The study of the usages of wine under French law is not (just) a regional interest. The usages are today at the heart of a strategic issue related to the building of the rule of law. Should we give the monopoly of legal rules in the matter to rules coming from above, and in particular from the European Union, or should we make a place for rules which come from individuals themselves?

This debate is vital for certain professionals in the agricultural sector. Many producers of cheese, foie gras and traditional products are now subject to an ever increasing European regulatory pressure. In the wine sector, the debate arose in the media in 2009 after an attempt by the European Commission to accept that rosé wine be obtained by mixing (blending) white wine and red wine. Before the general outcry of the producers of rosé wine from the south of Europe, on June 8, 2009 the Commission finally maintained the prohibition of blending<sup>4</sup>. The tension between the national and European authorities is still strong in this sector. It is particularly noticeable in the context of the transformation of the former national Appellations of Controlled Origin (AOC) to Appellations of Protected Origin (AOP) and Geographically Protected Origin (IGP) which are governed at the European level. The French national federation of producers of crémant thus brought an action before the French Administrative Supreme in order to obtain the annulment of 36 ministerial orders allowing the granting of new IGP in this sector. This professional federation especially regrets that “*most of the wine regions can now claim this IGP without arguing any right of priority or usage...*”<sup>5</sup>.

The issue is also important for law professionals. In the same way that the nationalization of the law during the French Revolution has sounded the death knell of certain regional customary courts, that the Europeanization has marginalized some legal disciplines such as

2 H. Johnson, *Une histoire mondiale du vin, de l'Antiquité à nos jours*, Hachette 1989, p.49 et s.

3 Let's mention the example of the former practice of the « *pot-de-vin* » which refers in the subject of a lease to “ *an additional amount added to the price agreed upon for rent and which is paid by the renter to the owner*”; A. Sayag and J. Hilaire, *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*. Librairies Techniques 1984, p. 218.

4 J.-M. Bahans and M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fêret-Lexis-Nexis 2010, n°673.

5 Response of the Ministry of agriculture, agro-food industry and forestry of 13 December 2012, n°01841.

domestic competition law, the current globalization weakens the rules of the national States. This globalization changes the context and the usefulness of usages. As the rules of the market become more global, the economic operators rely more on transnational commercial practices such as Incoterms detached from local practices. Simultaneously and conversely, a need to return to local realities mobilizes the recourse to local usages.

After observing some usages relating to wine (I), we can analyze their evolution (II) and consider their protection (III).

## **I. Observation of usages relating to wine.**

One can observe usages at the time of production (A), marketing (B) and consumption (C) of wine.

### **A. Usages in the production of wine**

#### *1. Usages in grape cultivation*

Contracts for the sale of vine plants usually consist of purchase orders and delivery, which due to their brevity, leave room for many usages. Amongst these, our interlocutors have notably described for us that which leads the nurseryman vendor to replace the vine plants that have not taken within one year of planting.

The intervention of the pickers also leaves room for usages. The first is the use of fixed term contracts. The use of this exceptional form of employment contract is authorized by article L.1242-2-3° of the French labor code which defines the exhaustive list of cases in which an employer may resort to this type of contract. This text cites the “*seasonal type jobs or jobs for which...it is a continuing usage not to use a long term employment contract due to the temporary nature and character of the activity*”. Furthermore, the peculiarity of the pickers’ working conditions leads to many usages related to different means of remuneration. Only a few years ago, the pickers received two or three liters of wine per harvest day in addition to a cash payment. The usage of this payment in kind was substituted by an additional cash payment. Usages also affect the working time. In Burgundy for instance, it is a usage not to pay the pickers for rainy days. The Harvest-type contract proposed by the Mutualité Sociale Agricole confirms this usage. It states that the contract is concluded “*for no specific time period, that is to say that the contract will be terminated with the attainment of the objective: the end of the harvest.*”

#### *2. Usages in winemaking*

Winemaking processes rely heavily on non-written traditions such as fermentation, blending and aging procedures which make each wine unique.

Some of these processes can have a legal value when the winemaker will have agreed

to them within the context of specifications. However in this case it will not be a usage as long as the obligation to respect these processes will not stem from the behaviors themselves but from the commitment to respect them. One will be in the presence of a usage when the specifications will refer to usages. Such is the case in the specifications of the appellation of controlled origin “Languedoc” approved by the decree n°2011-1508 dated 10 November 2011 which states that “*the wines are vinified according to the local, loyal and constant usages*”. One will also be in the presence of a usage when the process becomes binding in the absence of any outside commitment. This is for example the case of a winemaker who will be forced to maintain a process such as aging in oak barrels once his buyers will have become accustomed to this technique.

#### A. Usages in the marketing of wine

##### 1. Labeling

Labeling displays regional peculiarities. The term “*cru*” does not have the same meaning according to the region. In the region of Bordeaux, it refers to a classification of vineyards whereas in Burgundy, Champagne and Alsace, it corresponds to a terroir classification<sup>6</sup>.

##### 2. Sale

The sale of wine abides by particular usages. Some are general. Article 1857 of the French Civil Code states “*for wine, oil and other things that we have a usage of tasting prior to purchase, there is no sale until the buyer has tasted and approved*”. Professional buyers often come to taste wine as early as November, just two or three months after the harvest. This practice is observed by French as well as foreign buyers. The approval occurs differently depending on whether the sale is in bulk or for bottles. In the latter case, the tasting by the broker does not qualify as approval<sup>7</sup>. Other usages are specific to the sale of certain wines. Regarding primeur wines, the Court of appeal of Paris referred to usages to rule that a delivery was late. Concerning wines that are still being vinified by the winemaker at the time of the order, the court considered that a delivery period of three years was customary according to usages<sup>8</sup>.

Incidental to the sale, there is the usage by most winemakers and wine merchants to deliver the bottles free of charge (“*gratuitées*”) to business partners. This practice has legal force in that it should allow to justify to tax authorities the non-sale of a number of bottles produced or purchased.

6 J.-M. Bahans and M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fêret- Lexis-Nexis 2010, n°384.

7 CA Bordeaux 27 avril 2004, D. 2005.155.

8 CA Paris Pôle 4, chambre 9, 28 June 2012, n°11/15128, *Foellner c. Société 1855*.

### 3. Distribution

Marketing methods vary across regions. In certain regions such as Bordeaux or Burgundy, marketing wine has long been entrusted to brokers. The seniority of these relations is conducive to the establishment of usages. Thus, the Court of cassation ruled that “ *the establishment and sending by the broker to the seller and the buyer of the letter of confirmation without a formal agreement on their part was equivalent, according to an old and constant usage in the Bordeaux region, to a perfect sale, except protest within in a very short period set out by the loyal and constant usages of the profession within 48 hours of receipt of this letter of which the broker has the responsibility of sending.* ”<sup>9</sup>. The usages of Bordeaux impose on the broker in addition to his duty of introducing the parties, an obligation to assist the buyer particularly during the approval. These usual obligations do not go as far as making the broker reliable in the case of default of payment by the seller<sup>10</sup>. The parties are deemed to have chosen the usages of the place where they operate<sup>11</sup>. Here we are only referring to a particular application of article 1159 of the French Civil Code according to which “ *That which is ambiguous is interpreted by what is of usage in the country where the contract is entered into* ”.

In the Languedoc region, the majority of the production is entrusted to cooperative cellars. The relations within each cooperative give rise to particular usages relating especially to the date of transfer of ownership of the grapes or to the means of remuneration.

In other regions, the marketing is rather by merchant traders, buyers-dealers. In sales thus negotiated, it is usual to specify that the wines will be « *loyal marketable quality* »<sup>12</sup>. The professionals that we met have indicated that the fair characteristic referred to compliance with the sample and that the marketable characteristic referred more to the absence of oxidation, earthy taste or acidity.

To avoid having a margin taken by these intermediaries, some winemakers work directly with distributors. In the direct relations that they have with the distributors, these winemakers sometimes invoke article L. 442-6,I,5° of the French Commercial Code which punishes the rupture of established trade relations not complying with the notice periods set out in particular by usages. In a situation of this kind, the Court of appeal of Versailles dismissed the operator of a winery. It held that in giving this operator in January a notice for the end of the annual seasonal period, that is to say the end of summer 2008, the Monoprix

9 Cass. com. 13 May 2003, n°00-21555.

10 J.-M. Bahans and M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010, n°833.

11 Ph. Guez, *Contrat de courtage*, Juris Classeur Contrats-Distribution, Fasc. 850, n°38. In this direction: CA Bordeaux 25 May 2010, n°09-01653.

12 J.-M. Bahans and M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010, n°755.

vending company had complied with sufficient notice with regards to usages and the duration of the business relationship which was of six years in this case<sup>13</sup>.

## B. Usages in the consumption of wine

### 1. *Content of usages linked to wine consumption*

For a long time, religious and civil authorities have been concerned with limiting wine consumption in the fight against drunkenness and alcoholism. Facing these limitations, usages play a role in neutralizing religious and legal guidelines. Moderate alcohol use is thus accepted in a number of Islamic countries.

The private consumption of wine by winegrowers is the opportunity for a customs usage which allows winegrowers to exclude from the tax base the excise tax of a certain number of bottles which are destined for personal consumption. Questioned by one of our interviewers, a customs agent however avoided determining the amount of bottles exempt from this tax. Beyond this reluctance, the computerization of customs formalities could put an end to this customary tolerance.

The usage of replacing corked or insufficiently filled bottles benefits the customer over the restaurant owner and the restaurant owner over their supplier (wine merchant or producer).

### 2. *Force of usages linked to wine consumption*

Usages linked to wine consumption illustrate the diversity of legal force that usages can receive.

A violation of the rules of wine tasting is only an error of lack of taste which has more a social rather than a legal impact. The barrier between these two worlds however is not impenetrable. An inelegant behavior during a business lunch such as directly offering wine to a Muslim<sup>14</sup> can have significant legal consequences such as the failure of negotiations.

Consumption usages sometimes influence the authorities themselves. How otherwise explain that article R. 4228-20 of the Labor Code which sets out “*No alcoholic beverages other than wine, beer, cider and perry are allowed in the workplace.*” Even if the judge does not refer to them, there are also usages that can explain the decision of the Conseil d’Etat to invalidate the provision of internal procedure of the French subsidiary of an American company prohibiting “*the consumption of alcoholic beverages in the company*”<sup>15</sup>.

Observing behavior in the development, marketing and consumption of wine has allowed us to identify a number of usages. In a more synthetic and dynamic approach, we can now examine their evolution.

13 CA Versailles 12<sup>ème</sup> ch., 3 July 2012, n°10-08577, *Escarelle SA c. Monoprix (SA)*.

14 One can however leave wine at his disposal...

15 Conseil d’Etat 1<sup>st</sup> and 6<sup>th</sup> met sections, 12 November 2012, n°349365.

## II. Evolution of usages relating to wine

As we witness a marginalization of regional usages (A), we simultaneously observe a strong resistance of transnational usages (B).

### A. Marginalization of regional usages

#### 1. *Maintaining regional usages*

Private relations between wine professionals fall within many regional usages. Membership in the Professional Union of Champagne wine brokers thus assumes adhering to an ethical charter aimed “*to clarify certain usages within the profession*”. This charter provides inter alia a ban to act against the decisions taken by the disciplinary committee of the Union. It is not unreasonable to think that the promotion of these usages thus aims to organize a certain protection for established professionals.

The resistance of regional usages is sometimes driven by strong localism. While advertising for wine is strictly regulated as to limit alcoholism, article L.3323-2 of the Public Health Code still tolerates ads “*in favor of festivals and traditional fairs devoted to local alcoholic beverages*”<sup>16</sup>. This article illustrates the tension between a modern public health objective of the legislature and an ancient tradition for festive events in wine country.

#### 2. *Opposing European law*

In their effort to put into place a harmonized agricultural system, the European institutions are the main forces of opposition to regional usages.

There is opposition at the conceptual level. French law bases rights related to controlled appellations on “*a law resulting from usages*”<sup>17</sup>. The administration only “*recognizes*” a pre-existing law. For its part, the European community law imposes a “*request for protection*” on the part of the wine growers which suggests that the law does not pre-exist.

The 2006 Agreement between the European Community and the United States of America for the trade of wine is also symptomatic of this approach. To define the beverages covered by the agreement, this treaty mentions “*good enological practices*”. This substitution of a system no longer referring to old practices, usages, but to new practices is characteristic of a desire to take over the regulation of a market by the European authorities.

We observe a similar phenomenon of marginalization of usages with labeling. Article 118, paragraph 12 of European Regulation 491/2009 of 25 May 2009 limits the traditional

16 The control of the constitutionality of this law was the opportunity for the constitutional council to affirm that this provision was not contrary to the principle of equality before the law in the sense that the legislator can settle differently different situations or break away from equality for reasons of general interest (Dec. n°90-283 DC of 8 January 1991).

17 J.-M. Bahans et M. Menjuq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010, n°255; G. Gavignaud-Fontaine, *Terroirs et marchés des vins dans un siècle de crises*, 2011, Presses universitaires de la Méditerranée, p. 38. This author observes : « *Yesterday, usages were the rule, today this is typicalness which makes the terroir* ».

terms that can figure on the labels<sup>18</sup>. In addition, it states that “*traditional terms are listed, defined and protected by the Commission*”.<sup>19</sup>

#### A. Resisting transnational usages

As for other commodities, the international wine trade allowed for the modernization of techniques. The *bag-in-box* upgraded packaging by bottle as the barrels had

in the past improved the amphorae. The screw cap is also gradually replacing the cork stopper as it had replaced the frosted glass stopper in the 19th century<sup>20</sup>. In the future, the global development of wine machines serving wine like beer on tap will promote the sale of wine in bulk and will limit the sale of bottles. This influence of international trade techniques rubs off on legal techniques. The standard contracts for the sale of wine in bulk used in international matters largely influence the contractual practice.

The success of international fairs dedicated to wine such as VINEXPO contributes to a standardization of the behavior of the merchants. Thus the Incoterms developed by the International Chamber of Commerce and qualified as usages by the Court of Justice of the European Union<sup>21</sup> are frequently used for wine. This is explained in particular by the high risk of wine bottles breaking which calls for specific stipulations like the Incoterms relating to risk. If producers prefer “*Ex Works, départ Propriété*” sales, the use of the Incoterm CIF (*Cost Insurance Freight*) is the most common towards China. Despite the delay in the transfer of property, it allows French merchants to avoid incurring high Chinese importation taxes.

The complexity of national written law in this context is particularly favorable to this customary development. This explains that article 9 of the Vienna Convention on the international sale of goods refers to usages. This also justifies that article 1511; paragraph 2 of the French Civil Procedure Code provides that the arbitrator in an international arbitration “*takes into account, in all cases, trade usages*”.

The development of transnational usages should put an end to many regional usages relating to wine. This result raises the question of protection for certain wine usages.

### III. Protection of usages relating to wine

18 This article 118; paragraph 12 states : “ *A ‘traditional term’ is a term used in a traditional manner in a member State for products referred to in article 118 bis, paragraph 1 : a) to indicate that a product benefits from an appellation of protected origin or an indication of geographical protection under Community or national law; or b) to describe the method of production or aging or the quality, color, type of place or a particular event linked to the history of the product benefitting from the appellation of controlled origin or an indication of geographical protection. 2.* ”

19 Decree n°2012-655 dated 4 May 2012 limits these regional particularities.

20 H. Johnson, *Une histoire mondiale du vin, de l’Antiquité à nos jours*, Hachette 1989, p. 195.

21 CJUE 9 June 2011, *ElectroSteel Europe SA c. Edil Centro SpA.*, Aff. 87/10. The qualification of usages of Incoterms is questionable insofar as these terms derive more strength from the reference to the rules of the ICC than from their repetition (P. Mousseron, *Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?*, RJCom. 2011, p. 21).

The programmed disappearance of certain regional usages calls to question the possibility (A) and the means (B) of their protection.

#### A. Interest of protecting wine usages

Consumer protection is often emphasized in order to limit the role of usages. This is particularly the case in the harmonization of the means of wine production or the fight against alcoholism. This argument however presents limitations to personal freedom.

Another line of justification for these violations of usages relates to economic efficiency. Harmonized European regulations would guarantee better legibility and a greater efficiency for producers. This argument is certainly justified for major producers. It also however knows its limits. On the one hand, attempts at standardization seem futile. Texts can hardly recognize the diversity of man and his willingness to stand out<sup>22</sup>. Thus, the effort to standardize the terms appearing on the labels is constantly being falsified by new terms to be controlled. The control of certain terms such as the phrase “*veilles vignes*” (old vines) could more simply and coherently be a matter of unfair competition law rather than European Union law. On the other hand, European regulations today lead to a puff pastry of rules which are particularly illegible for the producers themselves who have lost their local contacts able to quickly advise on regulations relevant to them.

Promoting usages is recommended for the maintenance of our legal diversity. This diversity is not an end in itself. The standardization of the rules is even positive in terms of economic efficiency. On the other hand, the standardization of services and products induced by the standardization of the rules is disturbing. There is standardization in the wine sector. Thus, some producers must enter into a real administrative battle in order to change the specifications of certain appellations in order to continue using traditional but rare grape varieties.

#### B. Means of protecting wine usages

##### 1. Content of legal argument

The defense of wine usages could rely on several legal arguments.

Concerning the usages relating to the production of wine, European Union law *a priori* seems unfavorable to the defense of legal diversity. This is not surprising given its primarily economic goal. As shown in the position of the prosecuting attorney in the *seeds* case<sup>23</sup>, however this situation could evolve. The European regulations limiting the diversity of marketable seeds indeed affect “*the principal of proportionality, the freedom of enterprise*

22 As Portalis wrote in 1801 in his preliminary discourse to the first draft of the civil code: “*As soon as a code, as complete as it may seem, is completed, thousands of unexpected issues come before the judges. Because once drafted, laws remain as they were written. Men, on the contrary, never rest...Many things are therefore necessarily abandoned to the empire of usages, to the discussion of educated men, to the arbitration of judges*».

23 CJUE 12 July 2012, Aff. C-59/11, *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS* ; J. Huet, *La guerre des semences*

*within the meaning of article 16 of the Charter of fundamental rights of the European Union, the free circulation of goods within the meaning of article 34 TFUE and the principle of equal treatment within the meaning of article 20 of said Charter”.*

In addition it is arguable that the marginalization of usages affects the rule of subsidiarity laid down by article 5 of the European Union Treaty<sup>24</sup>.

Finally, the effect of attraction on consumers by the usual manufacturing methods could allow professionals to invoke a right to property on these intangible assets<sup>25</sup>. This stretch of the right to property could particularly rely on the jurisprudence of the European Court of Human Rights of Strasbourg<sup>26</sup>. The French Administrative Supreme Court has thus referred to the European convention for the protection of human rights and fundamental liberties and its first additional protocol concerning the protection of the right to property to cancel a decree limiting the customary rights of beneficiaries of the appellation “*Pomerol*”<sup>27</sup>. And indeed, the wine-making practices associated with a territory grant customary rights that can help to challenge legal acts aiming to implement the European appellations of controlled origin. Customary protection seems at least as convincing as one based on appellations established by a frequently questionable scientific link between a product and a terroir. The discussion is especially possible when the geological qualities of a terroir greatly vary within the same appellation<sup>28</sup>.

Concerning usages relating to the consumption of wine, the Convention for the safeguard of cultural heritage signed in 2003 and which entered into force in 2006 testifies to international legal protection of certain good usages. Among the customary social practices protected by this convention, UNESCO had indeed recognized in 2010 the “*gastronomic meal of the French*” which is characterized by a harmonious marriage between food and wine.

## 2. *Implementation of legal argument*

The promotion of usages would require the active intervention of wine professionals.

---

*continue...*, RLDA December 2012, p. 71.

24 Article 5 of the European Union Treaty states: « *Under the principle of subsidiarity, in areas which are not within its exclusive competence, the European Union intervenes only if and to the extent where the objectives of the proposed action cannot be achieved sufficiently by the Member States, both at central and at regional and local level, but can be better, due to the size or the effects of the proposed action, at the level of the European Union* ».

25 This argument appears as a watermark in the 16 May 2000 decision by the CJUE in the case of *la Rioja* (Belgium v. Spain, C-388/95). In this case, the CJUE justified a Spanish rule prescribing an on-site bottling of a certain type of wine despite the infringement of the free circulation of goods. To justify this ruling, the court mentioned the “*reputation*” which comes from this mode of production (see recital, n°77). V.also: J.-M. Bahans et M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Férét-Lexis-Nexis 2010, n°769.

26 F. Zenati-Castaing and T. Revet, *Les biens*, PUF 3<sup>ème</sup> éd. 2008, n°85.

27 Conseil d’Etat, 9 Mar. 2012 (3rd and 8th combined sub-sections, 334575, published in the recueil Lebon) rescinding the decree n°2009-1237 of 14 October 2009 approving the provisions of the specification of the AOC « *Pomerol* ».

28 For an illustration: J.-C. Bousquet, *Terroirs viticoles, Paysages et géologie en Languedoc*, Editions Ecologistes de l’Euzière, 2011, sp., p. 165. See also for an illustration of the insufficiency of the European regime of area names: TPIUE April 23, 2018, T. 43/15, *Piadina Romagnola*.

Yet sometimes they seem to abandon these usages and especially the one which is provided for in the French Civil Code according to which it is customary that the sale of wine should intervene only at the tasting. The following clause may be read in the sale conditions of a Burgundy wine producer: “*By way of derogation from the provisions of article 1857 of the Civil Code, the sale is closed without prior tasting*”. The usage of prior tasting is also pushed aside when it comes to very expensive wines. These disregards however further illustrate the rather residual nature of usages as the general negation of this type of regulation. Wine professionals could win by creating standard contracts or at least models for non-binding contracts. This is already the case in some areas. The Inter-professional Council of Bordeaux Wines has thus established a standard contract for sale in bulk and another for the sale by bottle. These contracts allow in particular to specify the date the contract was established in the event of an intervention of a broker. They are so recognized that their provisions shall apply even when the buyer is not established in the Bordeaux region.<sup>29</sup>

The promotion of usages also depends on legal professionals. As early as law school, legal studies should incorporate them more. Today the minds of students are indeed far too often formatted for the purpose of finding and applying rules of public origin. This method discredits legal services and lawyers. Lawyers’ roles are not only to passively participate in applying the law which comes from above. It is also their duty to more actively participate in defining the rules of law by incorporating original private sources into their work.

In this latter role, it is time for lawyers to drink to the source of usages.

## References

- BAHANS, J.-M. et Menjucq, M. *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010
- BOUSQUET, J.-C. *Terroirs viticoles, Paysages et géologie en Languedoc*, Editions Ecologistes de l’Euzière, 2011.
- CA Bordeaux 27 avril 2004, D. 2005.155.
- CA Bordeaux 25 mai 2010, n°09-01653.
- CA Paris Pôle 4, chambre 9, 28 juin 2012, n°11/15128, *Foellner c. Société 1855*.
- CA Versailles 12<sup>ème</sup> ch., 3 juillet 2012, n°10-08577, *Escarelle SA c. Monoprix (SA)*.
- CASS. COM. 13 mai 2003, n°00-21555.

---

29 J.-M. Bahans and M. Menjucq, *Droit de la vigne et du vin*, 2<sup>ème</sup> éd. Fétet-Lexis-Nexis 2010, n°783.

- CJUE 12 juillet 2012, Aff. C-59/11, *Association Kokopelli c. Graines Baumaux SAS*
- CJUE 9 juin 2011, *ElectroSteel Europe SA c. Edil Centro SpA.*, Aff. 87/10.
- TPIUE April 23, 2018, T. 43/15, *Piadina Romagnola*.
- Conseil d'Etat 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous sections réunies, 12 novembre 2012, n°349365.
- Conseil d'Etat, 9 mars 2012 (3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> sous-sections réunies, 334575, publié au recueil Lebon)
- Decree n°2012-655 du 4 mai 2012
- Decree n°90-283 DC du 8 janvier 1991
- GAVIGNAUD-FONTAINE, G. *Terroirs et marchés des vins dans un siècle de crises*, 2011, Presses universitaires de la Méditerranée.
- GUEZ, Ph. *Contrat de courtage*, Juris Classeur Contrats-Distribution, Fasc. 850, n°38.
- HUET, J. *La guerre des semences continue...*, RLDA décembre 2012.
- JOHNSON, H. *Une histoire mondiale du vin, de l'Antiquité à nos jours*, Hachette 1989.
- MOUSSERON, P. *Faut-il dissocier les usages du commerce international des usages du commerce ?*, RJCom. 2011.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire au premier projet de code civil*, 1801.
- REPONSE DU MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET du 13 décembre 2012, n°01841.
- SAYAG, A. et HILAIRE, J. *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*. Librairies Techniques 1984.
- ZENATI-CASTAING, F. et REVET, T. *Les biens*, PUF 3<sup>ème</sup> éd. 2008.

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Pierre Mousseron**

Professor of Law, University of Montpellier, Law School (France). Co-Director Centre du Droit de l'Entreprise. Director of the Master Program Droit du Commerce International (International Business Law Program), University of Montpellier. Senior Fellow, Center for International Financial Crimes Studies, University of Florida. Director of the Program Business Law Summer School, University of Montpellier. Director of the Program Certificat de spécialisation en Droit des sociétés, University of Montpellier.

# A LIBERDADE DE TRABALHO FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

---

FREEDOM OF WORK IN LIGHT OF NON  
COMPETE CLAUSE

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# A LIBERDADE DE TRABALHO FRENTE À CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

## FREEDOM OF WORK IN LIGHT OF NON COMPETE CLAUSE

---

**TULIO DE OLIVEIRA MASSONI**

Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP

<http://www.unifesp.br/campus/osa2/graduacao/cursos-de-graduacao/ciencias-contabeis>

<http://lattes.cnpq.br/0206681171990738>

[tulio.massoni@rmladv.com.br](mailto:tulio.massoni@rmladv.com.br)

---

**Resumo:** O presente artigo analisa os limites à liberdade de trabalho fixados em cláusulas de não concorrência, bem como as condições de validade das mesmas. Diante da omissão da lei brasileira, foram examinados os ordenamentos jurídicos da Espanha, França, Portugal e Itália, bem como casos já apreciados pelos tribunais brasileiros.

**Palavras-chave:** cláusulas de não concorrência – liberdade de trabalho

**Abstract:** This paper analyses the restrictions on freedom of work established by non-compete clauses as well as their conditions of enforceability. In view of the Brazilian Labor Law's omission on the matter, the legal frameworks of Spain, France, Portugal, and Italy were examined along with what has already been ruled by the Brazilian Labor Court.

**Keywords:** non-compete clauses - freedom of work

### 1. Introdução

Nas últimas décadas o contrato de trabalho tornou-se mais complexo. Se no passado a atenção focava-se apenas às condições de trabalho tradicionais, como local, função, jornada e salário, hoje os denominados pactos acessórios ao contrato de trabalho passam a assumir especial relevância. A razão última de tal mudança no campo normativo é o novo contexto no qual se desenvolvem as relações de trabalho. Em uma sociedade denominada “pós-industrial”, para outros “da informação”, de permanente inovação tecnológica, de necessidade de aprimoramento do empregado e da importância do *know how*, emergem cláusulas e obrigações anexas ao contrato individual de trabalho para reger temas que, pela própria velocidade das transformações, quase sempre não são acompanhados pela legislação estatal. É o que ocorre,

por exemplo, com questões de sigilo e confidencialidade, pacto de permanência, pacto de dedicação exclusiva e com aquela que é objeto do presente estudo, chamada de pacto de não-concorrência. Em tais situações, a doutrina e a jurisprudência desempenham especial papel, cabendo à legislação apenas fixar as linhas mestras destas novas figuras jurídicas.

O presente artigo cinge-se em saber a validade das cláusulas de não-concorrência, celebrada à luz dos requisitos delineados pela jurisprudência e pela doutrina, em especial estrangeiras, dada a ausência de regulamentação do instituto em nosso ordenamento jurídico (CLT, art. 8º).

A liberdade de trabalho é o valor maior preservado pelos ordenamentos jurídicos de tal modo que a validade de cláusula funcionaliza-se em consonância com esse princípio maior para que possa compatibilizar-se com os fins do direito do trabalho.

A liberdade de trabalho, como assinala Alain Supiot é, antes de tudo, uma proteção contra qualquer usurpação da liberdade que tem todo indivíduo de fornecer seus serviços em troca de uma remuneração. A liberdade de trabalho assim compreendida é uma liberdade formal: só se converte em uma liberdade concreta por intermédio das leis que garantem a todos os cidadãos a possibilidade de viver de seu trabalho (SUPIOT, 2008, p. 54).

Apesar da ampla aceitação do instituto nos Tribunais - dentro de específicos parâmetros, evidentemente, há autores que se posicionam de modo absolutamente contrário a tais pactos.

É o caso de Jean-Jaques Serret (1994, p. 759 e ss.), por exemplo, ao defender que em uma economia de mercado, a concorrência de um antigo trabalhador é um fato perfeitamente normal. E uma empresa apenas pode capitalizar o que lhe pertence, não podendo apropriar-se da inteligência ou conhecimentos adquiridos pelo trabalhador, os quais constituem uma mais-valia de que ele legitimamente se serve no mercado de trabalho.

Em sentido similar é a posição de Angela M. Cerino (1986, p. 777 e ss.), para quem é perfeitamente legítimo que o trabalhador utilize em suas novas atividades a experiência e o saber técnico que conquistou e que agora fazem parte de seu capital humano, bem como outros conhecimentos, nomeadamente os relativos aos clientes e fornecedores, desde que não se trate de informações marcadamente confidenciais.

Jean Pélissier é contundente. Julga inaceitável privar a economia de um país da competência e dinamismo de alguns dos melhores dos seus quadros de especialistas, impedindo-os de trabalhar nos domínios onde são mais produtivos. (PÉLISSIER, 1990, p. 19-21).

## 2. Direito espanhol

Na Constituição Espanhola, a liberdade de trabalho (art. 35) é situada no plano dos direitos fundamentais de todo cidadão:

“Artigo 35. Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, à livre

escolha de profissão ou ofício e à promoção, através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e de sua família (...)

No plano infraconstitucional, ao lado do dever genérico de cumprir com as obrigações concretas de seu posto de trabalho, de conformidade com a boa-fé e diligência (art. 5º, “a”), o Estatuto dos Trabalhadores alude, como dever básico dos trabalhadores, “não concorrer com a atividade da empresa, nos termos previstos nesta Lei” (art. 5º, “d”). O diploma em questão, em seu artigo 21, autoriza três tipos de restrições: a dedicação exclusiva (*plena dedicación*), o pacto de permanência na empresa e o pacto de não concorrência (*pacto de no competencia poscontractual*), esse último produzindo efeitos após extinta a relação de trabalho.

Antonio Baylos Grau (1986, p. 21-22) observa que o fim do contrato de trabalho permite a cada parte, em especial ao trabalhador, recuperar sua liberdade contratual, de forma que é plenamente lícito que este busque um novo emprego, conclua um novo contrato de trabalho ou se estabeleça por sua própria conta. Nesse sentido, o empresário não pode exigir, salvo mediante a assinatura do pacto de não concorrência, e salvo a ilicitude daquelas práticas que possam objetivamente configurar-se como desleais, uma limitação a esta liberdade”. (Id. Ibid., p. 21-22).

A regulação do pacto de não-concorrência no direito espanhol, fundada no artigo 21.2 do Estatuto dos Trabalhadores, concretiza-se em três regras fundamentais: a) duração não superior a dois anos para os técnicos, e seis meses para os demais trabalhadores; b) deve existir um efetivo interesse industrial ou comercial por parte do empresário; c) há de haver uma compensação adequada ao trabalhador. (SASTRE IBARRETCHE, 1996, p. 197)

Frederico Lopez Duran sublinha que, por meio do artigo 21.2 do Estatuto dos Trabalhadores, permite-se um pacto que limite a liberdade de trabalho e de iniciativa do antigo empregado, desde que dentro de certos limites, diante do interesse do empregador “em evitar o trabalho para outro, ou a atividade comercial ou industrial para si (do antigo trabalhador), em função do prejuízo que no campo da competência econômica poderia acarretar se, em virtude do conhecimento do trabalhador das técnicas produtivas e organizativas, das relações financeiras e comerciais da empresa, e de seus contatos com fornecedores e clientes da mesma”. (LOPEZ DURAN, 1994, p. 195).

Trata-se, nas palavras de Palomeque, de um acordo de vontades para articular a não-concorrência pós-contratual do trabalhador com seu antigo empregador. Se não for concedida uma compensação econômica, alerta o autor, é inexistente o pacto, já que, sendo uma obrigação bilateral, seu cumprimento não pode ficar ao arbítrio de uma das partes. (PALOMEQUE, 2000, p. 809).

A jurisprudência espanhola cumpriu papel moderador ao fixar os parâmetros para a validade do pacto de não-concorrência. Um dos primeiros pronunciamentos foi a sentença STS de 24 de setembro de 1990, segundo a qual “o pacto de não-concorrência para depois

de extinto o contrato de trabalho, dado que supõe uma restrição à liberdade no trabalho consagrada no artigo 35 da Constituição Espanhola, requer, para a sua validade e licitude, além da limitação no tempo, a observância de dois requisitos: de um lado, que se justifique um interesse comercial ou industrial pelo empresário; por outro, que se estabeleça uma compensação econômica”.

Analogamente, a Sentença STS de 12 de maio de 1987 (n. 3683) afirmou, em seus fundamentos, que o direito ao trabalho há de se conciliar com o respeito e salvaguarda da atividade industrial ou comercial desenvolvida pela empresa para a qual foram prestados os serviços.

Há uma diretriz geral, de ampla acolhida no Tribunal Constitucional Espanhol e que merece toda a atenção por parte dos juristas: a tendência é no sentido de predominar uma *interpretação com caráter restritivo do dever de lealdade*.

Na sentença do Tribunal Constitucional STC de 23 de maio de 1985 (n. 3355) fixou-se “que a Constituição, longe de ser um mero catálogo de princípios sem vinculação imediata, é uma norma jurídica, a norma suprema de nosso ordenamento, e enquanto tal, vinculante a todos os poderes públicos e a todos os cidadãos, conforme reiteradas decisões do Tribunal Constitucional. O direito ao trabalho não se esgota na liberdade de trabalhar, mas também supõe o direito a um posto de trabalho (sentença de 1981). Em razão da localização do artigo 35 da Constituição Espanhola – reconhecimento do direito ao trabalho de todos os espanhóis – dentro dos chamados direitos e deveres fundamentais, obviamente há de ser rechaçado *qualquer sentido ou alcance do preceito que possa restringir aquele direito sem uma razão plenamente justificada*”.

A Corte espanhola vem reiterando, em diversas ocasiões, que a celebração de um contrato de trabalho não implica a privação para uma das partes, o trabalhador, dos direitos que a Constituição lhe reconhece como cidadão; a liberdade de empresa (art. 38 da Constituição Espanhola) não legitima que os trabalhadores tenham que suportar limitações injustificadas de seus direitos fundamentais (STC n. 196/2004, de 15 de novembro).

Registre-se, mais recentemente, a decisão STC n. 41/2006, de 13 de fevereiro, segundo a qual o exercício das faculdades organizativas do empregador não pode traduzir-se na produção de resultados inconstitucionais, lesivos a direitos fundamentais do trabalhador. E não poderia ser diferente, pois tais restrições pactuadas constituem uma exceção à regra geral, que é a liberdade constitucional de trabalho.

Acresçam-se alguns aspectos adicionais apreciados pela jurisprudência espanhola. É nula a cláusula que reconhece ao empresário a faculdade de denúncia unilateral do pacto já que, sendo um compromisso bilateral, não se pode permitir a possibilidade de extinção a uma só das partes contratantes (TS, 2 de julho de 2003). É nulo o pacto naquilo que exceder a duração máxima legal, cabendo, em tal caso, reduzir a sua duração, devendo o trabalhador devolver ao empregador a

parte da compensação financeira excedente que tenha recebido (TS, de 10 de fevereiro de 2009 e de 30 de novembro de 2009). O descumprimento do pacto pelo trabalhador obriga-o à devolução integral do que tenha percebido (TS, de 7 de novembro de 2005). (MARTIN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZA; MURCIA, 2010, p. 514).

E o que dizer sobre o montante da compensação financeira a ser paga ao empregado, que deverá ser adequada e proporcional? Os critérios que devem guiar as partes para a fixação da quantia são, principalmente, o salário percebido e a duração temporal do pacto.

Como pondera Carlos Molero Manglano, ainda que a compensação econômica não deva ter o salário (e tampouco o salário-base) como limite mínimo, as partes deverão atentar para circunstâncias concretas do pacto, sobretudo no que se refere à amplitude da limitação da atividade que no mesmo seja estabelecida, bem como a duração do contrato de trabalho que foi mantida entre as partes e a duração da obrigação firmada. A jurisprudência, neste particular, anulou pactos de não concorrência de dois anos para contratos de experiência de 3 meses e nos quais a quantia recebida não era tão elevada (STSJ da Comunidade Valenciana de 8 de outubro de 2004). Em todos os casos, deverá ser uma quantia digna. Em princípio, em caráter aproximativo, Molero Manglano considera adequada uma compensação equivalente a 50% (cinquenta por cento) ou mais da retribuição total percebida, ou pelo menos da retribuição fixa. (MOLERO MANGLANO, 2007, p. 329-330).

O tema, portanto, pode-se dizer, muito embora envolva a proteção aos interesses da empresa, não pode se traduzir em uma intensificação descabida de subordinação à empresa, após extinção a relação de trabalho, menoscabando a liberdade constitucional ao trabalho.

Daí a diretriz, muito bem percebida pelas Cortes espanholas, no sentido de que a interpretação à liberdade constitucional do trabalhador deverá ser respeitada, com o que *a interpretação, nesse campo, é sempre restritiva ao que consta do pacto, e expansiva em termos de prestígio à liberdade fundamental de trabalho do ex-empregado.*

### 3. Direito português

A Constituição de Portugal declara em seu artigo 47, n.1: *“todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade”*.

Por sua vez, o artigo 136 do Código de Trabalho de 2003 (redação de 2009) admite a duração máxima de 2 anos, a qual pode ser estendida para 3 anos caso trate-se de atividade que envolva especial confiança. Mas em qualquer caso o ajuste deve ser escrito e o empregado, após se desligar da empresa, deve receber uma compensação financeira. Eis a redação completa do dispositivo:

1 - É nula a cláusula de contrato de trabalho e de instrumento de regulamentação colectiva

de trabalho que, por qualquer forma, possa prejudicar o exercício da liberdade de trabalho após a cessação do contrato.

2 - É lícita a limitação da actividade do trabalhador durante o período máximo de dois anos subsequentes à cessação do contrato de trabalho, nas seguintes condições:

a) Constar de acordo escrito, nomeadamente de contrato de trabalho ou de revogação deste; b) Tratar-se de actividade cujo exercício possa causar prejuízo ao empregador; c) Atribuir ao trabalhador, durante o período de limitação da actividade, uma compensação que pode ser reduzida equitativamente quando o empregador tiver realizado despesas avultadas com a sua formação profissional. 3 — Em caso de despedimento declarado ilícito ou de resolução com justa causa pelo trabalhador com fundamento em acto ilícito do empregador, a compensação a que se refere a alínea c) do número anterior é elevada até ao valor da retribuição base à data da cessação do contrato, sob pena de não poder ser invocada a limitação da actividade prevista na cláusula de não concorrência. 4 — São deduzidas do montante da compensação referida no número anterior as importâncias auferidas pelo trabalhador no exercício de outra actividade profissional, iniciada após a cessação do contrato de trabalho, até ao valor decorrente da aplicação da alínea c) do n. 2. 5 — Tratando-se de trabalhador afecto ao exercício de actividade cuja natureza suponha especial relação de confiança ou com acesso a informação particularmente sensível no plano da concorrência, a limitação a que se refere o n. 2 pode durar até três anos.

De acordo com a doutrina portuguesa, no âmbito do dever de lealdade, não pode o trabalhador negociar por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador durante o curso do contrato. Mas diante do forte interesse do ex-empregador em evitar que ele use sua capacidade profissional, nomeadamente os conhecimentos adquiridos na empresa para os colocar ao serviço da concorrência, a lei portuguesa prevê a possibilidade de limitação da actividade profissional de um trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho.

Trata-se de uma regra de exceção. Como adverte António Monteiro Fernandes, “a lei, por si mesma, não estabelece qualquer restrição à conduta profissional do trabalhador após a cessação do contrato. Tal atitude abstensiva do legislador é, aliás, comum à generalidade dos sistemas, na linha da protecção da liberdade de trabalho (arts. 146º/1 e 148) que se encontra estreitamente associada ao conteúdo do direito ao trabalho (art. 58º, Constituição da República de Portugal)”. (FERNANDES, 2006, p. 616-617).

O risco de “prejuízos ao empregador” (alínea b, do n. 2 do art. 136º, supra) é condição de licitude do pacto. Essa condição deve ser encarada com cautela, pois “há inúmeras situações em que esses caracteres diferenciais não ocorrem, e em que, apesar disso, a saída do trabalhador e a sua passagem para outra empresa pode ter um genérico efeito prejudicial nos interesses do ex-empregador. Nem por isso estará legitimada a existência de pacto de não concorrência”. (FERNANDES, 2006, p. 618).

Assim, a existência de um interesse sério e objetivo do empregador devido à

concorrência diferencial é a pedra de toque destas cláusulas. Caso não demonstrado o referido interesse, a cláusula deverá reputar-se como inválida ou, alternativamente, o trabalhador terá a possibilidade dela se desvencilhar.

Com relação ao valor da retribuição pelo período de não-trabalho, relegar a quantificação da contrapartida à inteira autonomia privada, na maioria das vezes, rende ensejo a abusos, em qualquer momento contratual. Como adverte Julio Gomes: “pretender que a cláusula se funde na vontade, prescindido de um controle efetivo do seu conteúdo, é uma crença que, na melhor das hipóteses, ignora a realidade e, na pior, sendo aparentemente neutra, é claramente favorável aos interesses da parte mais forte. Daí que se imponha uma atitude, por parte dos tribunais, de fiscalização do conteúdo das cláusulas, nomeadamente do valor e da adequação da contrapartida, porquanto o perigo da usura, coação ou dolo do empregador é um perigo real”. (GOMES, 1999, p. 19)

Novamente aqui se deve sublinhar a regra geral: a celebração de um contrato de trabalho não implica a vinculação exclusiva da força de trabalho do empregado em favor do empregador. Assim, seja ao abrigo da liberdade de emprego, seja simplesmente nos termos das autonomias consagradas pelas modernas Constituições, o trabalhador se obriga na exata medida do contrato de trabalho celebrado, dentro de certos limites temporais. (CORDEIRO, 1999, p. 549)

#### 4. Direito italiano

Há uma implicação recíproca, reconhecem as cortes italianas, entre liberdade de iniciativa econômica (art. 41 da Constituição) e a liberdade de trabalho (art. 4º da Constituição), mas zela-se para que a limitação da atividade laboral não se traduza em uma substancial impossibilidade de obter nova ocupação, que vá a prejudicar o que se pode ser definido como potencialidade laboral ou profissional do trabalhador. Não se admite restrição genérica, indeterminada, abrangendo todo e qualquer trabalho. Apenas a restrição necessária e justificada poderá ser admitida.

O legislador do Código Civil de 1942 previu uma série de normas de proteção ao empregador, diante da concorrência e da divulgação de segredos e métodos produtivos pelo trabalhador, seja no curso da contratualidade, seja após a cessação da relação, atribuindo ao empregador a faculdade excepcional de poder mitigar, mediante prévio ajuste entre as partes, o livre exercício da atividade profissional do trabalhador.

O artigo 2.105 do Código Civil<sup>1</sup> disciplina a proibição de concorrência e o dever de confidencialidade. Tais figuras decorrem do dever geral de fidelidade, que é uma obrigação acessória ao contrato de trabalho, aplicada *durante* a relação contratual. Nas palavras de

---

1 Art. 2.105: O trabalhador não deve tratar de negócios por conta própria ou de terceiros em concorrência em concorrência com

Antonio Vallebona, o trabalhador subordinado, além da sua obrigação principal de prestar serviços, tem duas obrigações de não fazer, que constituem proibições autônomas (a de concorrência e a de divulgação ou abuso de segredos industriais), a serem observados também em momentos de suspensão do contrato. Ambas as proibições constituem proteção à capacidade concorrencial da empresa e podem ser reunidas neste dever geral de fidelidade. (VALLEBONA, 2005, p. 129)

Para além desse balanço de interesses (a proteção da propriedade e da concorrência, de um lado, e livre exercício de atividade profissional, de outro), o ordenamento jurídico italiano contempla a figura de pacto de não concorrência (*patto di non concorrenza*) de forma expressa no artigo 2.125 do Código Civil<sup>2</sup>, que o define como o pacto com o qual se limita o desenvolvimento da atividade do prestador de serviços *após* a cessação do contrato, impondo-lhe algumas restrições objetivas.

Trata-se de um dos instrumentos jurídicos, ao lado de outros, para a fidelização de pessoal da empresa. Com elas se limita a atividade profissional de empregados para o momento em que o contrato a eles relativo venha a extinguir-se, e em previsão de estipulação de novos contratos com empresas de terceiros. Destina-se, via de regra, aos trabalhadores mais especializados, detentores de segredos da empresa relativos às formulas e métodos de fabricação dos produtos. Por meio de tais cláusulas, esclarece Riva Sanseverino, “o empregador visa salvaguardar o chamado patrimônio imaterial da empresa nos seus elementos internos (organização técnica e administrativa, métodos e processos de trabalho etc) e externos (aviamento, clientela). Inversamente, para o trabalhador, a adesão a estas cláusulas, representando limites negativos da estipulação de determinados futuros contratos, importa em restringir de forma acentuada a liberdade de trabalho e a agravar as dificuldades de encontrar nova colocação. São justamente estas últimas circunstâncias que ensejaram a intervenção do legislador, o qual, também nessa situação, circunscreveu a liberdade de negociação privada”. (SANSEVERINO, 1976, p. 153).

A constitucionalidade de tais cláusulas é reconhecida pela doutrina e jurisprudência italianas, pois “se trataria de uma limitação da capacidade de trabalho que não atritaria com os princípios constitucionais de tutela da liberdade de trabalho (art. 4º e 35, Constituição Italiana), desde que balizadas por características específicas da atividade (objeto) e parametrizada por

---

o empregador, nem divulgar informações atinentes à organização e aos métodos de produção da empresa, ou fazer-lhe uso de modo a acarretar prejuízos ao empregador.

2 Art. 2.125: Pacto de não concorrência: É o pacto pelo qual se limita o desenvolvimento da atividade do trabalhador pelo tempo sucessivo ao contrato. É nulo se não resultar de ato escrito (CC, art. 1.350, n. 3), se não for ajustada uma contraprestação em favor do prestador dos serviços e, se o ajuste não prever determinado limites de objeto, de tempo e de lugar. A duração do pacto não pode ser superior a 5 (cinco) anos, se se trata de diretores e dirigentes, e a 3 (três) anos nos demais casos. Se for pactuada uma duração maior, essa se reduzirá às medidas acima indicadas.

específicos critérios territoriais, perfeitamente em consonância com os requisitos do art. 2125, CC”. (RUSSO, 2004, p. 149).

Tal como sucede em outros ordenamentos, também no modelo italiano são indispensáveis diversos pressupostos de validade: compensação financeira, objeto de proibição certo e delimitado, abrangência territorial e tempo de duração. (PERA, 1992; GALANTINO, 1995). Com relação à forma, o ajuste será nulo caso não for celebrado por escrito.

O pacto em questão é também oneroso, implicando o pagamento de uma indenização a título da respectiva limitação do exercício da atividade laborativa.

Além da forma escrita, outro requisito do pacto é a exigência de especificar o conteúdo, atendendo a uma delimitação objetiva das atividades em relação que o trabalhador deverá abster-se de praticar. Os limites objetivos da obrigação imposta ao empregado são elementos essenciais para a validade do ajuste, cuja falta torna-o nulo.

A casuística encontrada na jurisprudência ao longo dos anos constituiu importante papel moderador quanto ao tema. A decisão n. 10.062, de 26 de novembro de 1994, da Suprema Corte (Corte de Cassação) tornou-se a primeira tentativa de fixar uma regulamentação racional e aprofundada nesse aspecto, tornando-se um marco de referência para a doutrina e para as decisões posteriores a ela. De acordo com esta decisão, a proibição de trabalho pode estender-se também à atividade coincidente com aquela praticada pela empresa que seja concorrente do empregador, e não apenas às funções do trabalhador.

Em 2000, a decisão 5477, a Corte Suprema entendeu que o artigo 2.125, Código Civil deve assegurar ao prestador de serviços uma margem de atividade idônea a propiciar-lhe um ganho adequado às exigências de sua própria vida e de sua família, o que impõe ao intérprete valorar a extensão objetiva das atividades inibidas e a relação destas e os cargos desenvolvidos pelo empregado.

Registrem-se outros aspectos apreciados pelas Cortes italianas.

Os três requisitos para a aceitação do pacto afetam-se reciprocamente. A contraprestação pode ser estabelecida em valores fixos ou um percentual da retribuição antes percebida. Não se admite que o pacto abranja toda e qualquer atividade, que o objeto de proibição seja muito amplo e a correlata compensação financeira seja simbólica (Tribunal de Modena, 2000); se a compensação financeira do pacto, objeto do artigo 2125 não é adequada e proporcional, o pacto é nulo.

Na Itália os valores recebidos por decorrência do pacto de não concorrência podem ser antecipados antes de findo o contrato de trabalho e, nestes casos, ostentarão natureza salarial com respectiva tributação para a seguridade social, o mesmo no ocorrendo quando recebidos após a extinção do contrato de trabalho. Há de existir uma proporcionalidade entre a amplitude

da restrição e a correlata compensação financeira. E de acordo com a jurisprudência, os valores devem ser proporcionais ao sacrifício ao trabalhador, independentemente da utilidade que o pacto de não concorrência proporcione ao antigo empregador.

O critério geográfico é fator também relativo e ponderado caso a caso. As decisões mais antigas consideravam nulos os pactos de não concorrência abrangendo todo o território nacional. Todavia, recentemente a jurisprudência se orienta a até mesmo a aceitar o pacto que cubra toda a União Européia, desde que - como vimos acima, quanto ao objeto - o trabalhador possa conservar a possibilidade de usar sua própria profissão. Assim, por exemplo, uma empresa farmacêutica poderia proibir um engenheiro de prestar seus serviços a qualquer outra empresa que seja concorrente do antigo empregador em toda a Europa, se isso não comprometer o exercício de sua profissão que, no caso, poderia ser desenvolvida em qualquer outra esfera (construção civil, maquinários, biotecnologia etc). Ou seja, ainda que seja muito amplo o critério geográfico, não se está tolhendo excessivamente a liberdade profissional.

Em outra ocasião concluiu-se que, sendo o pacto de não concorrência um contrato bilateral, não poderia o empregador rescindir o ajuste antes do prazo. O Tribunal de Torino, em decisão de 2000, já decidiu que é ineficaz a denúncia unilateral do pacto, já que se trata de um ajuste bilateral, não podendo ficar ao arbítrio de uma das partes.<sup>3</sup> No mesmo sentido foram as decisões da corte de cassação de 16 de agosto (n. 15.952) que reconheceu a nulidade de cláusula que liberava o empregador, a qualquer momento do ajuste, precisamente porque o trabalhador perderia o correspondente montante, de modo que, por gerar expectativas ao empregado, o pacto deve ser respeitado ao longo de todo o prazo pactuado.

## 5. Direito francês

Tornou-se conhecida a cláusula de não concorrência impostas aos trabalhadores. Estas cláusulas são, em princípio, contrárias ao ‘princípio fundamental do livre exercício de uma atividade profissional’ (Soc. 10 de julho de 2002, Salembier). (SUPIOT, 2008, p. 54).

O ordenamento jurídico francês também admite a interdição convencional de concorrência. A existência do princípio de liberdade de trabalho e o da livre concorrência não obsta a legalidade de cláusulas convencionais ou contratuais impedindo um empregado de trabalhar para uma empresa concorrente do seu antigo empregador. De um modo geral, na ausência de disposição legal sobre esse assunto, a jurisprudência fixou as condições de validade dessas cláusulas, as sanções tomadas quando essas cláusulas são inválidas e os efeitos das cláusulas lícitas, quando descumpridas. Os acordos coletivos complementam a

<sup>3</sup> “Il patto di non concorrenza è un contratto e, al pari di qualsiasi altro contratto, non può venir meno per volontà di una sola delle parti che l’hanno stipulato; la comunicazione, da parte del datore di lavoro, della liberazione del lavoratore dagli obblighi derivanti dal patto di non concorrenza è assolutamente inefficace”.

construção jurisprudencial sobre o tema, impondo às vezes limites mais estritos à legalidade de tais pactos. (PELISSIER; SUPIOT; JEAMMAUD, 2006, p. 299).

Há, de acordo com a doutrina francesa, quatro condições para a validade de tais cláusulas: estar justificada por interesses legítimos da empresa; estar limitada no tempo e no espaço; resguardar ao assalariado a possibilidade de exercer normalmente a atividade que lhe é própria; contemplar uma contrapartida financeira.

A Corte de Cassação francesa concluiu, em princípio, pela licitude de tais pactos. No entanto, a cláusula deve ser declarada nula quando ela violar a liberdade de trabalho devido à sua duração, à sua abrangência geográfica ou devido à natureza da atividade do interessado, cabendo ao assalariado demonstrar concretamente que a cláusula, nos moldes em que pactuada, constitua grave atentado à sua liberdade de trabalho (decisão Soc. 8 de maio de 1967).

Em 1991, a Câmara Social da Corte de Cassação adotou outra abordagem: apenas admitia a legalidade da cláusula se ela visar proteger os interesses legítimos da empresa, além de ser limitada no tempo e no espaço; além disso, deve deixar ao assalariado a possibilidade de trabalhar conforme sua formação acadêmica e sua experiência profissional. Finalmente, ela deve incluir uma compensação financeira paga pelo empregador (decisão Soc. 10 de julho de 2002, conhecida como sentença *Barbier*). Essa decisão tornou-se paradigma interpretativo para as seguintes.

De acordo com a jurisprudência e com a doutrina, interesses legítimos da empresa a serem protegidos por meio de pacto de não concorrência são aqueles que envolvem riscos particulares corridos pela empresa, caso terceiros tenham conhecimento de informações adquiridas por um trabalhador no decorrer da execução do seu contrato de trabalho.<sup>4</sup>

E o que dizer quanto à abrangência territorial e temporal? Antes do já mencionado acórdão *Barbier* de 10 de Julho de 2002, a jurisprudência não tomava os requisitos tempo e espaço como condições cumulativas. Esta decisão de 2002, contudo, fixou a diretriz de que a interdição da concorrência deve ser limitada tanto no tempo quanto no espaço, devendo ambos os requisitos estarem presentes para que se considere válido o acordo.

E como é sopesada a atividade profissional do empregado? De acordo com a jurisprudência francesa, “para ser válida, a cláusula de não-concorrência deve deixar ao assalariado a possibilidade de exercer normalmente sua atividade profissional, que lhe é própria” (decisões de 18 de outubro de 1952, e de 27 de fevereiro de 1996). Também nesse particular o acórdão *Barbier*, de Julho de 2002, o Tribunal de Cassação decidiu que a cláusula de não concorrência é válida somente se levar em conta “as especificidades da atividade profissional do assalariado». O judiciário, hoje, portanto, na apreciação dos casos, dispensa

---

4 Na decisão de 14 de maio de 1992, a Corte de Cassação entendeu que não era válida a cláusula de não concorrência no caso de um trabalhador que limpava vidros, pois não era indispensável para os interesses legítimos da empresa e, por conseguinte, foi declarada ilícita.

especial atenção quanto à formação profissional do trabalhador e pondera “se” e “em que medida” o ajuste estaria impedindo-o de exercer normalmente suas competências.

Para Jeammaud, Pelissier e Supiot, para apreciar a gravidade da limitação, o magistrado leva em conta inclusive o tempo em que o empregado desenvolveu a atividade ao longo de sua carreira. Se o assalariado exerceu a atividade limitada por muito tempo de sua carreira profissional, a tendência é anular a cláusula limitativa. Levam-se em conta as características gerais da formação do empregado e os conhecimentos por ele adquiridos ao longo da vida, de seu passado profissional, e não apenas no último contrato. Assim, se com a formação adquirida, o assalariado tem a possibilidade de ocupar empregos variados, a interdição de ocupar um posto de trabalho muito preciso e específico não deveria ser declarada como abusiva ou ilícita; o assalariado pode, com efeito, a despeito desta interdição, continuar a exercer uma atividade profissional que corresponda às suas competências” (decisões de junho de 1995 e de 11 de outubro de 1984) (PELISSIER,; SUPIOT; JEAMMAUD, 2006, p, 303)

A exigência de uma contrapartida financeira não era um elemento tido por indispensável antes da sentença de 10 de Julho de 2002 da câmara social da Corte de Cassação, que nesse aspecto mudou radicalmente a orientação anterior. Em suma, o Tribunal decidiu que “uma cláusula de não-concorrência somente será válida se incluir uma compensação financeira”. Tamanha foi a importância desse requisito que se optou por imprimir um efeito retroativo desse novo entendimento jurisprudencial, inclusive para declarar nulas as cláusulas firmadas ou em curso antes de 2002 que não tivessem contemplado essa contrapartida ao empregado.

O novo empregador, caso tenha ciência do pacto de não concorrência, seja antes ou após a contratação, poderá ser responsabilizado pelo antigo empregador, juntamente com o empregado. Se o novo empregador tem conhecimento do ajuste e imediatamente não rompe o vínculo com o empregado igualmente poderá ser responsabilizado, apenas eximindo-se se provar que realmente não tinha ciência da proibição de contratação do profissional em questão.<sup>5</sup>

## 6. Direito brasileiro

*A priori*, o pacto de não-concorrência é compatível com o ordenamento jurídico nacional. Todavia, a falta de legislação leva o intérprete a uma necessidade maior: tomar a maior cautela para que os critérios mantenham-se num patamar adequado e plenamente justificável, avaliando as restrições criadas ao trabalhador e zelando para que a abstenção seja indenizada de forma proporcional e, finalmente, que o período de tempo não seja tão extenso.

O artigo 444 da CLT, ao dispor que as relações de trabalho podem ser objeto de livre

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, vejam-se as decisões da Câmara Social da Corte de Cassação, de 19 de outubro de 1999 e de 25 de outubro de 1990.

estipulação entre as partes, resguardadas as normas mínimas de proteção ao trabalho, reforça a autorização legal para a intervenção judicial quando houver necessidade.

Sua legalidade, em geral, depende da presença de quatro requisitos:

- (a) compensação financeira adequada (indenização compensatória);
- (b) pré-fixação do período razoável e justificável de abstenção de trabalho, de caráter transitório;
- (c) delimitação objetiva das atividades impedidas, sem privar totalmente o trabalhador de exercer trabalhos para os quais desenvolveu competência o longo de sua vida e, por fim,
- (d) a delimitação geográfica do território onde se pretende a abstenção de trabalho.

Dedicaram-se ao estudo do tema em nosso país Cesarino Junior, Orlando Gomes e Oris de Oliveira (2005), dentre outros.

A questão ainda não está pacificada nas Cortes Brasileiras.

O STF já apreciou situação análoga na vigência do parágrafo 23, do artigo 153 da Constituição de 1967, que tinha a seguinte redação: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”. Eis a decisão:

“Liberdade de trabalho. Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer empresa concorrente nos 5 anos seguintes, ao fim do contrato. Não viola o artigo 153, §23 da Constituição o acórdão que declarou inválida tal avença (STF, RE 67.653, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 3.11.70, p. 5.294, RTJ 55, 1971, p. 42).”

Há decisões que, de plano, consideram nulas as referidas cláusulas:

“CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO APÓS A RESCISÃO CONTRATUAL. ILEGALIDADE. A ordem econômica é fundada, também, na valorização do trabalho, tendo por fim assegurar a todos existência digna, observando dentre outros princípios a busca do pleno emprego. Pelo menos, assim está escrito no art. 170, inciso VIII, da Constituição. O art. 6º do diploma deu ao trabalho grandeza fundamental. A força de trabalho é o bem retribuído com o salário e assim meio indispensável ao sustento próprio e familiar, tanto que a ordem social tem nele o primado para alcançar o bem-estar e a justiça sociais. Finalmente, o contrato de trabalho contempla direitos e obrigações que se encerram com sua extinção. Por tudo, cláusula de não concorrência que se projeta para após a rescisão contratual é nula de pleno direito, a teor do que estabelece o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho.” (TRT 2ª Região – Relator José Carlos da Silva Arouca - Ac. n. 20020079847 - Processo nº: 20010487101 - Ano: 2001 - 8ª Turma - DOE: 05/03/2002).

“PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA. CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NÃO COMPATÍVEL. NULIDADE. A compensação ajustada para que o obreiro não se ativasse no setor pelo período compromissado mostrou-se desproporcional à vedação imposta pelo pacto de não concorrência. Nulidade da cláusula mantida”. (TRT 2, RO 0000444-

70.2010.5.02.0432, 11ª Turma e data de publicação 21/07/2015).<sup>6</sup>

Mas a maioria dos tribunais admite tais pactos, preenchidos certos pressupostos:

“CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - VIGÊNCIA APÓS A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL, TERRITORIAL E DE OBJETO - IMPOSSIBILIDADE - ATO ILÍCITO DO EMPREGADOR - Cláusula de não-concorrência pactuada entre as partes sem conter limitação, seja de caráter temporal, territorial ou delimitação do objeto da restrição de atividades, com projeção após a rescisão contratual é nula de pleno direito, porque fere a autonomia de vontade do trabalhador e cria óbice à sua nova colocação profissional, em total afronta ao disposto no artigo 5º, inciso XIII, da CF, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (TRT 15ª Região – Ac. n. 01533-2001-093-15-00-0 RO (10687-2003) – Relatora Elency Pereira Neves).

“CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA PÓS-RESCISÃO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. A validade do pacto de não concorrência com efeitos posteriores ao contrato, embora não regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, depende de alguns requisitos elencados pela doutrina e jurisprudência, tais como compensação financeira, limitação temporal (“quarentena”) e geográfica do compromisso. Quanto ao valor da indenização compensatória, deve assegurar o sustento do ex-empregado durante a “quarentena”, o que se obtém mediante a equivalência à última remuneração, por mês de vigência da cláusula de não concorrência. (TRT 2, RO - 0002252-36.2014.5.02.0088, Relatora Thaís Verrastro de Almeida, 17ª Turma e data de publicação 03/03/2017).

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. CLÁUSULA DE SIGILO E NÃO CONCORRÊNCIA. 1. A validade da cláusula de não concorrência depende da observância de alguns requisitos: limitação temporal, limitação geográfica e indenização compensatória pelo período de não concorrência. 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional registrou expressamente que a cláusula de sigilo e não concorrência, em que pese constar previsão temporal e limitação territorial, não estipulou indenização compensatória alguma pelo período de não concorrência. 3. Devida, em tais circunstâncias, a indenização por danos materiais postulada no valor equivalente à última remuneração da autora, durante a vigência da cláusula de não concorrência. 4. Indevida a indenização por danos morais, visto que, consoante o quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, não se verifica objetivamente violação dos direitos da personalidade da ex-empregada. 5. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido”. (TST, RR - 1187400-41.2006.5.09.0007, Relator Desembargador

---

6 Consta do voto: “Denota-se, portanto, que a compensação ajustada para que o obreiro não se ativasse no setor pelo período de dois anos, nem mesmo correspondia à remuneração anual do recorrido, mostrando-se desproporcional à vedação imposta pelo pacto de não concorrência. Nesse contexto, compartilho do entendimento adotado e da apuração efetuada na origem, no sentido de que a abrangência do ajuste obstou a colocação do autor no mercado sem oferecer a contraprestação correspondente ao seu respectivo período, decorrendo daí a nulidade declarada na origem. Diante disso, não há que se falar na confissão real do autor quanto ao labor para a empresa Pneus Levorin, e nem voga discutir-se a condição de concorrente dela, cabendo manter-se a decisão de improcedência da reclamação trabalhista por descumprimento de pacto de não concorrência”.

Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 07/10/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/10/2015).

Finalmente, existem acórdãos defendendo a legalidade de tais cláusulas, com base na boa-fé contratual:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. VALIDADE. Cinge-se a controvérsia em definir a validade da estipulação da cláusula de não concorrência após a rescisão contratual. Depende da observância dos seguintes requisitos: limitação temporal, limitação geográfica e indenização compensatória pelo período referente à restrição. No caso, o Tribunal Regional registrou expressamente que a cláusula de não concorrência, apesar de prever indenização compensatória pelo referido período, não estipulou previsão temporal e limitação territorial, além de haver assinatura apenas do trabalhador e desproporção entre a contraprestação oferecida pela empresa - pagamento de salário mensal pelo período da restrição - e a multa em caso de descumprimento da obrigação pelo ex-empregado (multa não compensatória correspondente ao valor resultante da multiplicação do último salário do réu por 25), sem prejuízo da indenização decorrente da responsabilidade civil. Nesse contexto, correto o acórdão regional ao julgar improcedente a ação proposta pela empresa. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR 24849520105020053, Relator Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma e data de publicação 09/12/2016.).

“DANOS MATERIAIS - INDENIZAÇÃO - INEXISTÊNCIA. Não afronta o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, cláusula contratual firmada por empregado, após ruptura do contrato de trabalho, comprometendo-se a não prestar serviços à empresa concorrente, quer como empregado, quer como autônomo. Inexistência de erro ou coação a anular o pactuado. Não há ilegalidade a macular o pactuado e nem danos materiais decorrentes da limitação expressamente aceita. Impende aqui, invocar-se também o princípio da boa-fé, presente em todos os atos da vida civil e pressuposto deles, mormente quando em ajuste, estão pessoas capazes, de mediano conhecimento jurídico e alto nível profissional, como é o caso das partes envolvidas no Termo de Confidencialidade e Compromissos Recíprocos.” (TRT 2ª Região – Relatora Rita Maria Silvestre - Ac. n.: 20020534536 - Processo n.: 20898-2002-902-02-00-8 - 5ª Turma - Publicação: 30/08/2002).

“CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA. VALIDADE. A cláusula de não-concorrência foi estabelecida por tempo razoável e houve pagamento de indenização. Logo, está dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É, portanto, considerada válida. Não há dano moral a ser reparado.” (TRT 2ª Região – Ac.: 20040281579 – Relator Sérgio Pinto Martins).

“Cláusula de não concorrência. Validade. É válida a inserção de cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, desde que restrita a determinado segmento de mercado e estabelecida por tempo razoável, além de prever indenização compensatória. Não há que se falar em alteração contratual lesiva (CLT, art. 468) na medida em que as normas contratuais decorreram de mútuo consentimento e não acarretaram prejuízo ao

Reclamante, observando os princípios e normas legais. Referida cláusula tem como justo objetivo proteger segredos industriais entre empresas concorrentes, procurando evitar a quebra de sigilo. Na verdade, tal dispositivo contratual visa preservar os princípios da lealdade e da boa-fé (art. 422 do Código Civil), inexistindo mácula a respaldar a pretendida nulidade” (TRT 2ª Região - Ac. 20071056979, publ. Em 14/12/2007, Rel. Sérgio Winnik). “CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA – RESTRIÇÃO TEMPORÁRIA E PARCIAL AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL – OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA RECÍPROCA ENQUANTO PERDURAR A LIMITAÇÃO. A estipulação de cláusula contratual de não-concorrência por determinado período após o término da avença impõe ao contratado restrição ao exercício profissional relativamente a determinados clientes, quais sejam, aqueles vinculados ao próprio escritório de advocacia. Em consequência, a compensação econômica convencionada para a hipótese de eventual descumprimento da cláusula em questão por parte do contratado também deve ser aplicada em seu benefício, enquanto perdurar a obrigação de não-concorrência, em observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da comutatividade dos contratos. Recurso ordinário parcialmente provido.” (TRT/15ª N.º 01157-2007-093-15-00-0 RO – O – Desembargador Fernando da Silva Borges)

“I - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - PACTUAÇÃO APÓS O INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - A estipulação de cláusula de sigilo, confidencialidade e não-concorrência, durante o curso do contrato de trabalho, não se traduz em alteração ilícita e unilateral. Isto porque o art. 482, nas alíneas “c” e “g”, da CLT, prevê que constituem motivos para a ruptura contratual por justa causa a prática de concorrência e a violação de segredo da empresa. Destarte, tem-se que tais deveres estão ínsitos no próprio contrato de trabalho, sobretudo diante do princípio da boa-fé, que deve nortear a relação de trabalho. Portanto, é plenamente válida a estipulação de cláusula de não-concorrência mesmo após o início da vigência do contrato de trabalho, não havendo afronta ao art. 468 da CLT. II - CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA - VIGÊNCIA APÓS O TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO - VALIDADE - É válida a cláusula de não-concorrência que tenha vigência mesmo após a extinção do contrato de trabalho, embora tal modalidade não encontre disciplina jurídica no Direito do Trabalho. Assim, constatada a lacuna, possibilita-se, por força do art. 8º da CLT, a aplicação do art. 122 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”. Desse modo, seria lícita, em tese, a pactuação de cláusula de não-concorrência após a cessação do contrato de trabalho. (TRT 9ª Região – Processo 18154-2009-002-09-00-8-ACO-26296-2010 – 1ª Turma – Relator Edmilson Antonio de Lima - Publicado no DEJT em 17-08-2010).

## 7. Apreciações finais

O cotejo de diversos ordenamentos abordados mostra que a maioria das legislações tolera tais cláusulas, mas introduzem uma série considerável de requisitos. A regra geral a ser

observada, logo se vê, é a da aceitação de restrições à liberdade de trabalho apenas quando plenamente justificadas.

A ausência de norma legal específica no trato do tema em nosso país ressalta a necessidade de controle judicial das restrições - ao sabor da conveniência unilateral do empregador como forma de defesa do princípio maior da liberdade de trabalho e uma construção jurisprudencial adequada pondo em equilíbrio a liberdade de trabalho e a plena e cabal justificação do rompimento do princípio protetor.

A liberdade de trabalho é uma garantia constitucional e abrange tanto o direito de trabalhar como o de não-trabalhar. Tratando-se de um direito social e individual fundamental, a interpretação do mesmo, ensina Konrad Hesse, tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, razão pela qual a interpretação constitucional deve submeter-se ao princípio da ótima concretização da norma. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. (HESSE, 1991, p. 22).

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. (BARROSO, 2007).

Efetivamente, trata-se de princípio fundamental, consubstanciado no artigo 1º, incisos III e IV, da CF/88, o respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho. E em se tratando de direitos fundamentais, como é o caso do direito ao trabalho, *a regra hermenêutica é a da interpretação restrita das restrições*.

A ausência dos requisitos eiva de nulidade o ajuste, diante do que a restrição se mostrará exorbitante e arbitrária, em nítido descompasso entre fins e meios.

Com efeito, o pacto de não concorrência não pode implicar o aniquilamento da liberdade de trabalho. O trabalhador não pode ser posto em situação tal que não possa exercer sua atividade profissional em conformidade com sua formação. Ora, estabelecer um limite máximo de prazo e em termos de território é uma garantia de proteção ao trabalhador<sup>7</sup>.

Tem plena incidência em tais situações o artigo 122 do Código Civil, ao declarar que “são lícitas, em geral, todas as condições contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, *ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes*”.

---

<sup>7</sup> “No caso *Earth Web vs. Schlack*, um juiz de Nova Iorque entendeu que o período de doze meses era muito tempo considerando a rapidez que envolve o setor de Internet”.

Ora, as faculdades patronais na defesa dos interesses que lhes são próprios não são concedidas para a arbitrariedade e tampouco para a atuação caprichosa ou irracional. Mencione-se, ainda, a ideia do abuso do direito, coibido pelo Código Civil de 2002 (art. 187) equiparado a ato ilícito.<sup>8</sup>

Cabem outras reflexões sobre um ponto adicional, que é a vedação de que o pacto, uma vez celebrado validamente, possa ser denunciado unilateralmente pelo antigo empregador. A ordem jurídica não tolera que uma das partes celebrantes detenha poder absoluto sobre a eficácia do negócio. O promitente não pode estar totalmente à mercê da vontade de seu ex-empregador. É uma situação de insegurança jurídica para ex-trabalhadores, bastando imaginar a hipótese de um empregado que, contando com o prazo fixado, organizasse seus gastos, sua vida familiar e eventuais cursos de reciclagem profissional com base no ajuste e subitamente fosse privado dos valores que a ex-empregadora vinha custeando.

Em caso de exorbitância do prazo, poderá o juiz interferir na vontade das partes, aproveitando o negócio em parâmetros equânimes, à luz dos princípios da revisão dos contratos e da preservação dos atos jurídicos em geral (arts. 157, 184 e 478 do Código Civil)

E o que dizer do valor de uma suposta indenização em caso de descumprimento da cláusula pelo empregado. Deve haver limitações nesse particular.

Declara o artigo 412 do Código Civil de 2003 que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. A finalidade da cláusula penal é prefixar as perdas e danos presumidamente sofridos pelo credor e seu valor deve estar limitado ao valor principal. Se assim não fosse, haveria enriquecimento indevido do credor em detrimento do devedor, situação repelida pelo ordenamento jurídico. Além da limitação prevista no art. 412 do Código Civil, o mesmo diploma impõe um dever ao juiz de zelar pelo equilíbrio contratual, aspecto que merece maior atenção quando se está no âmbito trabalhista. É o que reza o artigo 413, *in verbis*:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.<sup>9</sup>

Com relação ao momento em que tais cláusulas poderão ser firmadas, as leis de um modo geral não prescrevem e nem determinam. Daí, não se pode afirmar que se trate de um requisito de validade do ajuste. Nada obstante, o tempo em que o ajuste foi firmado pode fornecer ao intérprete o contexto fático que o circunda.

8 “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

9 Em sentido similar os seguintes dispositivos: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato; Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

No plano das presunções, não há momento de maior debilidade contratual do trabalhador do que o do nascimento do vínculo, aquele em que se trata de obter o emprego remunerado. Basta imaginar a restrição à autonomia de vontade de um trabalhador ao assinar o ajuste no momento da constituição do vínculo e comparar esse mesmo ato quando praticado na fase da extinção do vínculo. Nessa fase não há condicionantes externos à livre manifestação de vontade: o empregado poderá escolher se prefere prosseguir imediatamente no mercado de trabalho específico do setor ou permanecer temporariamente fora dele.

Diversamente, e a prática o demonstra, no momento da contratação, diante das naturais contingências de busca de emprego, vale dizer, no próprio momento de acesso ao trabalho, torna-se mais frágil a posição do trabalhador, constituindo-se em um tempo de grande vulnerabilidade da parte do trabalhador diante da necessidade de emprego. (GOMES, 1999, p. 16; FERNANDES, 2006).

## Referências

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9, 2007.
- BAYLOS GRAU, Antonio. La prohibición de concurrencia desleal: notas sobre la evolucion legal y jurisprudencial. *TL*, n. 8, 1986
- CERINO, Angela M. A talent is a terrible thing to waste: toward a workable solution to the problem of restrictive covenants in employment contracts. *Dusquesne Law Review*, v. 24, 1986.
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- GALANTINO, Luísa. *Diritto del lavoro*. Torino: Giappichelli, 1995
- GOMES, Júlio. As cláusulas de não concorrência no direito do trabalho: algumas questões. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano 30, n. 1, jan./mar. 1999.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.
- LOPEZ DURAN, F. Pacto de no concurrencia. In: BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.). *Comentarios a las leyes laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994)*. Madrid: Edersa, 1994.

MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZA, Fermín; MURCIA, Joaquín. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MOLERO MANGLANO, Carlos. *Manual de derecho del trabajo*. 7. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2007.

OLIVEIRA, Oris de. *A exclusão de concorrência no contrato de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Derecho del trabajo*., Madrid, 8. ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

PÉLISSIER, Jean. La liberté du travail. *Droit Social*, Paris, n. 1, p. 19-26, 1990.

SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 23. ed., 2006.

PERA, Giuseppe. *Compendio di diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 1992

RUSSO, Alberto. *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale: profili giuridici*. Milano: Giuffrè, 2004.

SANSEVERINO, Riva. *Curso de direito do trabalho*. Trad. Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

SASTRE IBARRETICHE, Rafael. *Derecho al trabajo*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

SERRET, Jean-Jacques. Le droit commun des obligations et la concurrence d'un ancien salarié. *Droit Social*, Paris, n. 9/10, p. 759-766, sept./oct. 1994.

SUPIOT, Alain. *El derecho del trabajo*. Trad. Patricia Rubini-Blanco. Buenos Aires: Helista, 2008.

VALLEBONA, Antonio. *Istituzioni di diritto del lavoro*. Padova: CEDAM, 5. ed., . v. 2, 2005

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Tulio de Oliveira Massoni**

Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Bacharel em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP (FFLCH-USP). Especialista em Direito Sindical pela Universidade de Módena (Itália). Professor Universitário. Advogado.

[revista.desc@facamp.com.br](mailto:revista.desc@facamp.com.br)  
[desc.facamp.com.br](http://desc.facamp.com.br)

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA